

Onzekere risico's. Deel 3: Buitenlandse inspiratie voor besluitvorming in Nederland

Citation for published version (APA):

Peeters, M. G. W. M., Niessen, N. J. A. P. B., & Huitema, D. (2007). *Onzekere risico's. Deel 3: Buitenlandse inspiratie voor besluitvorming in Nederland*. Structurele Evaluatie Milieuwetgeving (112 p.). STEM publicatie No. 2006/5

Document status and date:

Published: 01/01/2007

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

ONZEKERE MILIEURISICO'S

EEN ONDERZOEK NAAR DE WIJZE VAN
OMGAAN MET ONZEKERE MILIEURISICO'S
DOOR DE WETGEVER, BESTUUR EN DE
RECHTER

DEEL 3: BUITENLANDSE INSPIRATIE VOOR
BESLUITVORMING IN NEDERLAND

STRUCTURELE EVALUATIE MILIEUWETGEVING (STEM)



Structurele Evaluatie Milieuwetgeving

Auteurs:

Mw. mr. dr. M. Peeters

Mw. mr. dr. N. Niessen

Dhr. dr. D. Huitema

STEM publicatie 2006/5

STEM is het samenwerkingsverband tussen het Centrum voor Milieurecht (CvM, Universiteit van Amsterdam), Maastrichts Europees instituut voor Transnationaal Rechtswetenschappelijk Onderzoek (METRO, Universiteit Maastricht), het Instituut voor Milieuvraagstukken (IVM, Vrije Universiteit Amsterdam) en ARCADIS.

27 augustus 2007

110643/CE7/1F0/000360

STEM

STEM staat voor "Structurele Evaluatie Milieuwetgeving".

Het programma, en alle binnen dit programma uitgevoerde evaluatieonderzoeken, worden uitgevoerd in opdracht van het ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer. Het onderzoeksprogramma loopt van september 2004 tot en met december 2008, en is een concreet vervolg op de Evaluatiecommissie Wet milieubeheer (ECWM) die de evaluatie van milieuwetgeving tot 1 januari 2004 op zich heeft genomen.

In het vierjarig onderzoeksprogramma worden zowel ex ante als ex post evaluatie van milieuwetgeving verricht. De resultaten van de onderzoeken dragen bij aan kennis inzake regulering op het milieubeleidsterrein, dat wil zeggen inzake de mogelijkheden om via wetgeving het milieu in brede zin te beschermen. De resultaten van de onderzoeken zullen tevens gericht zijn op de verbetering van de kwaliteit van regelgeving in brede zin, waaronder in ieder geval worden begrepen vraagstukken van subsidiariteit (is regelgeving (in de gegeven vorm) wenselijk), de effectiviteit, efficiëntie, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van de regelgeving, de vormgeving van de waarborgen voor burgers (kenbaarheid, inspraak, rechtsbescherming) en de rechtmatigheid.

Per jaar wordt, mede aan de hand van dit meerjarig onderzoeksprogramma, een jaarprogramma opgesteld waarin de concreet uit te voeren evaluatiestudies worden benoemd.

Eerder is in het kader van STEM verschenen:

- 2005/1: Implementatie van de richtlijn milieuaansprakelijkheid; een verkenning naar de bevoegde instantie(s) in Nederland
- 2005/2: Onzekere milieurisico's: een onderzoek naar de wijze van omgaan met onzekere milieurisico's door de wetgever, bestuur en de rechter; Deel 1: Inleidend rapport
- 2005/3: Decentraliseren of dereguleren? Milieuregulering door decentrale overheden bij deregulering van VROM-wetgeving
- 2005/4: Het milieujaarverslag, zes jaar later
- 2005/5: Onzekere milieurisico's: een onderzoek naar de wijze van omgaan met onzekere milieurisico's door de wetgever, bestuur en de rechter; Deel 2: Praktijkonderzoek
- 2005/6: Modernisering van VROM-pseudowetgeving
- 2005/7: De verdeling van broeikasgasemissierechten in de EU bezien in het licht van concurrentieverhoudingen
- 2006/1: Bijdrage aan de startnotitie evaluatie emissiehandel, juridisch deel
- 2006/2: Evaluatie Besluit financiële zekerheid
- 2006/3: Bodembescherming via ruimtelijke ordening, milieu- en waterspoor
- 2006/4: Evaluatie Kernenergiewet

Verdere informatie is te vinden op www.evaluatiemilieuwetgeving.nl. Daar zijn ook de uitgebrachte evaluatiestudies te downloaden.

Inhoud

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | Focus en methode van het onderzoek | 7 |
| 1.1 | Het meerdelige STEM-onderzoek | 7 |
| 1.2 | Onderzoeksvragen | 9 |
| 1.3 | Methode | 10 |
| 2 | Duitsland | 13 |
| 2.1 | Inleiding | 13 |
| 2.2 | De organisatie van het milieurecht in Duitsland | 14 |
| 2.2.1 | Samenwerking tussen federatie en deelstaten | 14 |
| 2.2.2 | Een lappendeken van milieuwetgeving en -beleid | 16 |
| 2.2.3 | Organisatie van de milieurechtspraak | 17 |
| 2.3 | Wet- en regelgeving met betrekking tot onzekere milieurisico's | 18 |
| 2.3.1 | Definitie en afbakening van het <i>Vorsorgeprinzip</i> | 18 |
| 2.3.2 | Gevaarpreventie, risicopreventie en restrisico | 19 |
| 2.4 | Bestuurlijke besluitvorming en onzekere milieurisico's | 21 |
| 2.4.1 | Algemene regels voor bestuurlijke besluitvorming | 21 |
| 2.4.2 | Focus: besluitvormingsprocedure bij onzekere milieurisico's | 22 |
| 2.4.3 | Geen omkering van de bewijslast | 23 |
| 2.4.4 | Mogelijke uitkomsten bij onzekere milieurisico's | 23 |
| 2.5 | Rechterlijke toetsing van bestuursbesluiten bij onzekere milieurisico's | 24 |
| 2.5.1 | Landmark judgment | 24 |
| 2.5.2 | Expliciet of impliciet refereren aan het <i>Vorsorgeprinzip</i> ? | 26 |
| 2.5.3 | Toetsingsintensiteit | 26 |
| 2.5.4 | <i>Vorsorgeprinzip</i> en andere beginselen van bestuurs- en milieurecht | 28 |
| 2.6 | Samenvatting en conclusies | 28 |
| 3 | Zweden | 31 |
| 3.1 | Inleiding | 31 |
| 3.2 | Omgaan met onzekere risico's in het Zweedse milieurecht | 31 |
| 3.2.1 | OPmaat in vroege milieuwetgeving | 31 |
| 3.2.2 | De <i>miljöbalken</i> van 1998 | 33 |
| 3.3 | Onzekere milieurisico's en voorzorg in de Zweedse Miljöbalken | 33 |
| 3.3.1 | Kernbepaling in artikel 2:3 Miljöbalken | 33 |
| 3.3.2 | De reikwijdte van artikel 2:3 Miljöbalken | 34 |
| 3.3.3 | Kennisvereiste en bewijslast bij onzekere milieurisico's | 34 |
| 3.3.4 | Substitutiebeginsel | 35 |
| 3.3.5 | Proportionaliteit | 36 |
| 3.4 | Voorzorgsmaatregelen bij onzekere risico's | 37 |
| 3.5 | Onzekere milieurisico's en voorzorg in sectorale milieuwetgeving en -beleid | 38 |
| 3.5.1 | Inleiding | 38 |
| 3.5.2 | Chemische stoffen | 38 |
| 3.5.3 | Risico- of angstdenken? | 39 |

| | | |
|----------|---|-----------|
| 3.6 | Milieubestuur en onzekere milieurisico's | 41 |
| 3.6.1 | Inleiding | 41 |
| 3.6.2 | De milieurechtbank als vergunningverlener | 41 |
| 3.6.3 | Procedure en inhoudelijke beoordeling | 43 |
| 3.7 | Milieurechtspraak en onzekere milieurisico's | 44 |
| 3.7.1 | Organisatie van de milieurechtspraak | 44 |
| 3.7.2 | 'Landmark jugments' betreffende onzekere milieurisico's | 45 |
| 3.8 | Conclusies | 46 |
| 4 | Verenigd Koninkrijk | 49 |
| 4.1 | Inleiding | 49 |
| 4.2 | De organisatie van het publiekrecht | 49 |
| 4.2.1 | Focus op Engeland en Wales | 49 |
| 4.2.2 | Constitutioneel systeem | 50 |
| 4.2.3 | De <i>common law</i> en administratief recht | 51 |
| 4.2.4 | <i>Common law</i> beginselen | 52 |
| 4.3 | Wetgeving en beleid met betrekking tot onzekere milieurisico's | 53 |
| 4.3.1 | Een veelheid aan milieuwetten | 53 |
| 4.3.2 | Milieubeleid | 54 |
| 4.4 | Bestuurlijke besluitvorming en onzekere milieurisico's | 56 |
| 4.4.1 | Het bevoegd bestuur | 56 |
| 4.4.2 | Milieubesluitvorming | 57 |
| 4.4.3 | Inquiries | 58 |
| 4.4.4 | Mogelijke uitkomsten | 58 |
| 4.5 | (Quasi-)rechterlijke controle op milieubesluiten | 58 |
| 4.5.1 | Inleiding | 58 |
| 4.5.2 | Administrative tribunal | 59 |
| 4.5.3 | Judicial review | 60 |
| 4.6 | <i>Judicial review</i> van bestuursbesluit met betrekking tot onzeker milieurisico | 62 |
| 4.7 | Samenvatting en conclusies | 62 |
| 5 | Vergunningverlening en alsnog intredende milieuschade | 65 |
| 5.1 | Inleiding | 65 |
| 5.2 | De richtlijn milieuaansprakelijkheid: kennis en vergunningenverweer als vrije keuze voor de lidstaten | 69 |
| 5.3 | Rechtsvergelijkend deel | 73 |
| 5.3.1 | Introductie op de kernvraag | 73 |
| 5.3.2 | Duitsland | 74 |
| 5.3.3 | Verenigd Koninkrijk (Engeland) | 75 |
| 5.3.4 | Zweden | 77 |
| 5.4 | Afsluiting | 79 |
| 6 | Bestuurskundige analyse, in het bijzonder betreffende het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten | 81 |
| 6.1 | Inleiding | 81 |
| 6.2 | Het Verenigd Koninkrijk (VK) | 82 |
| 6.3 | De Verenigde Staten | 88 |
| 6.4 | Conclusie | 93 |

| | |
|---|-----------|
| 7 Eindanalyse en aanbevelingen | 95 |
| 7.1 Algemeen | 95 |
| 7.2 De Wm/Wvo vergunningverlening en onzekerheid | 97 |
| 7.3 Maatschappelijke acceptatie van besluiten | 98 |
| Bijlage 1 Leden begeleidingscommissie | 103 |
| Bijlage 2 Respondenten bestuurskundig deel | 105 |
| Bijlage 3 Gestuurde vragenlijst bestuurskundig deel | 107 |
| Bijlage 4 Casus | 109 |
| Colofon | |

HOOFDSTUK

1

Focus en methode van het onderzoek

1.1

HET MEERDELIJGE STEM-ONDERZOEK

Het STEM-onderzoek met betrekking tot onzekere milieurisico's is in de eerste plaats gericht op het verkrijgen van inzicht in de wijze waarop in de huidige praktijk door de wetgever en het bestuur wordt omgegaan met onzekere risico's in het milieubeleid. Vervolgens wordt nagegaan of er mogelijkheden tot verbetering zijn met betrekking tot de bestuurlijke besluitvorming aangaande onzekere risico's. In verband daarmee wordt ook bezien of het huidige wettelijke kader verbetering behoeft.

In deel 1 (juli 2005) is reeds weergegeven hoe in het Nederlandse milieubeleid en de Nederlandse milieuregelgeving wordt omgegaan met onzekere risico's. In het Nederlandse milieurecht kennen we geen algemene codificatie van het voorzorgsbeginsel. Tegelijkertijd is er in Nederland een toenemende invloed te ontwaren van het internationale en met name het Europese milieurecht, met name waar het gaat om de wettelijke vastlegging en toepassing van het voorzorgsbeginsel op deelterreinen van het milieurecht. Te denken valt aan het natuurbeschermingsrecht, het recht aangaande genetisch gemodificeerde organismen, en het milieuhygiënerecht waar het gaat om de geïntegreerde vergunningverlening aan installaties (IPPC-richtlijn). Deze laatste ontwikkeling heeft geleid tot een referentie aan het voorzorgsbeginsel in art. 5a.1 van het Inrichtingen- en vergunningenbesluit Wet milieubeheer.

De toepassing van het voorzorgsbeginsel is echter nog met veel vragen omkleed. Met andere woorden: in geval van onzekere risico's is het voor initiatiefnemers van een vergunningaanvraag en het bestuur dat over een dergelijke vergunningaanvraag dient te beslissen veelal niet duidelijk hoe de besluitvorming in materiële en procedurele zin zou moeten verlopen. Deze onduidelijkheid speelt derde-belanghebbenden natuurlijk ook parten. In het geval dat zij vinden dat de aanvrager en vervolgens het vergunningverlenend orgaan te weinig voorzorgsmaatregelen nemen, zullen zij het voorzorgsbeginsel willen aanvoeren (naast andere gronden voor hun claim).

Deze onduidelijkheid omtrent het omgaan met onzekere risico's en de toepassing van het voorzorgsbeginsel kan een voedingsbodem zijn voor forse spanningen in het besluitvormingsproces, en daarmee voor juridische conflicten. Uiteindelijk

staat dan de rechter voor de vraag hoe hij om kan of zou moeten gaan met de onzekerheid omtrent de milieu- of gezondheidsgevolgen van een activiteit.

Het centrale doel van dit onderzoek is een beter zicht te krijgen op de vraag hoe in de huidige Nederlandse praktijk met onzekere milieurisico's wordt omgegaan, en welke aanbevelingen in dat verband kunnen worden gedaan. Bij de afsluiting van deel 1 zijn diverse onderzoeksvragen geformuleerd voor het verkrijgen van inzicht in het omgaan met onzekere risico's door wetgever, bestuur, en de rechter. In deel 2 zijn twee cases in diepgaande mate onderzocht. Hoewel dat deelonderzoek gezien het beperkte aantal cases geen representatief beeld kan geven van de bestuurspraktijk, ontstaat wel belangrijk inzicht in de problemen die zich voordoen in de omgang met onzekere milieurisico's in de praktijk. Het onderzoek heeft geïllustreerd hoe complex en conflictgevoelig de besluitvorming over onzekere risico's is. In de beide onderzochte cases was er een sterke roep om zekerheid die moeilijk kon worden gegeven, alhoewel er in beide gevallen door diverse deskundigen werd geadviseerd. Algemeen gesteld: wetenschappelijk onderzoek kon niet de gewenste zekerheid geven binnen de afgebakende tijd waarbinnen de besluitvorming over vergunningverlening afgerond zou moeten zijn. Uit beide casus blijkt dat over het aanvaarden van onzekere risico's forse meningsverschillen zijn ontstaan. Deze conflicten konden niet door het bestuur opgelost worden, en zijn uiteindelijk (herhaaldelijk) aan de rechter worden voorgelegd. De rechterlijke toetsing is voor beide casus verschillend: in de ene casus is er een tamelijk verregaande rechterlijke toetsing aan het zorgvuldigheidsbeginsel, als gevolg waarvan vergunningverlening bij onzekerheid niet of nauwelijks mogelijk lijkt te zijn. In de andere casus kan juist een vluchtige rechterlijke toetsing worden ontwaard. In beide gevallen betreft de bestuursrechter het voorzorgsbeginsel niet in de overwegingen, alhoewel het door de betrokken partijen wel als argument wordt aangevoerd. In dit verband rijst de vraag of van rechtspraak een voldoende bevredigende conflictoplossing kan worden verwacht, juist ook vanwege de spanning die bestaat tussen toepassing van het voorzorgsbeginsel in het hier en nu van het concrete geval en een bredere, politieke discussie over de risico's en voordelen van het door laten gaan van de activiteit, later en elders. Zo kan het verbieden van een stof of activiteit vanwege lokatie specifieke risico's betekenen dat er elders risico's ontstaan. Deze relatie wordt door betrokken partijen wel gelegd maar wordt met een juridische conflictoplossing wellicht niet altijd voldoende bevredigend afgehandeld.

In het verlengde van de eerste twee deelonderzoeken wordt in het onderhavige deel 3 een rechtsvergelijkende inventarisatie ondernomen om zo nader inzicht te generen in de juridische uitgangspunten voor bestuurlijke besluitvorming over onzekere milieurisico's. Als uitgangspunt nemen we dat de wet in beginsel geen concrete richting kan geven aan besluitvorming over onzekere risico's, maar wel een procedureel en materieel kader kan bieden, waarbinnen het bestuur, zich ondermeer baserend op door de initiatiefnemer verschaft informatie, een afweging kan maken. In sommige gevallen zou de wetgever een absoluut verbod voor een activiteit met een onzeker risico kunnen uitvaardigen. Dat zou bijvoorbeeld kunnen zijn indien de vermoedelijke schade zo groot zou zijn dat daarom het zekere voor het onzekere wordt genomen en derhalve geen enkel gebruik, of alleen gebruik in zeer specifiek omschreven situaties wordt toegestaan.

In deel 3 gaan we uit van de situatie dat een dergelijk verbod er niet is. Het onderzoek richt zich derhalve met name op de wijze waarop door bestuur en rechter wordt omgegaan met onzekerheid bij milieubesluitvorming.

1.2

ONDERZOEKSVRAGEN

Centrale vragen

Ook in het buitenland hebben het bestuur en de rechter de taak om beslissingen te nemen over de aanvaardbaarheid van onzekere risico's. Onze vraag is welke lessen er op basis van buitenlandse ervaringen te leren vallen voor de Nederlandse wetgeving en besluitvormingspraktijk. In dit rapport wordt op inventariserende wijze nagegaan hoe in andere landen door het bestuur en de rechter wordt omgegaan met onzekere risico's. In het verlengde daarvan wordt nagegaan welke leerpunten kunnen worden geformuleerd voor de Nederlandse bestuurspraktijk. Een prealabele vraag die gesteld wordt, is:

Worden in andere landen "onzekere risico's" als zodanig herkend, en, zo ja, worden activiteiten met onzekere risico's anders behandeld dan de milieuzaken waar inzicht bestaat in de gevolgen van een activiteit?

De centrale onderzoeksvraag van deel 3 luidt:

Wat zijn in andere rechtsstelsels belangrijke procedurele en inhoudelijke uitgangspunten voor het bestuur en de rechter en hoe en met welke gevolgen worden die in de praktijk toegepast? Welke lering kan hieruit voor de verdere rechtsontwikkeling in Nederland worden getrokken?

Deze algemene vraag wordt in twee deelvragen opgesplitst, te weten in een juridisch deel en in een bestuurskundig deel. In het slothoofdstuk worden de onderzoekslijnen bijeen gebracht, en worden aanbevelingen geformuleerd.

Juridisch deel

Het juridisch deel neemt als uitgangspunt de vraag welke procedurele en materiële normen relevant zijn voor de bestuurlijke besluitvorming aangaande onzekere risico's: aan welke bestuurs- en/of milieurechtelijke beginselen worden overheidsbeslissingen door de rechter getoetst in geval van onzekere risico's? Vindt de discussie over het omgaan met onzekere risico's voornamelijk plaats aan de hand van het voorzorgsbeginsel, of spelen meer algemene bestuursrechtelijke beginselen niet ook een rol? Nagegaan wordt in hoeverre deze beginselen – in aanvulling op het wettelijk kader – richtinggevend zijn voor het bestuur inzake het omgaan met onzekere risico's, en hoe (intensief, marginaal) door de rechter daaraan wordt getoetst. In het bijzonder wordt ingegaan op de vraag hoe in het kader van de vergunningverlening wordt omgegaan met onzekere risico's die wel vergunbaar lijken te zijn. De vraag is dan welke voorwaarden dan in vergunning worden opgenomen, In het bijzonder wordt hier stilgestaan bij de vraag in

hoeverre de verantwoordelijkheid wordt geregeld voor de schade die onverhoopt toch zou kunnen ontstaan.

- Welke procedurele en materiële normen zijn relevant voor de bestuurlijke besluitvorming aangaande onzekere risico's, en hoe blijkt dat uit (eventuele) rechterlijke toetsing?
- Hoe wordt, in het geval dat een onzeker risico vergunbaar wordt geacht, het risico beheerst via met name het vergunningeninstrument?

Bestuurskundig deel

In het bestuurskundige deel wordt ingezoomd op de organisatie van de expertise in de gang naar de (quasi-)rechter en de gevolgen daarvan voor de mate waarin de besluiten worden geaccepteerd ('closure'). Over de organisatie van de besluitvorming komen de volgende vragen aan de orde: is er een aparte adviseur milieuberoepen, welke soort deskundigheid wordt ingeroepen, wat gebeurt er als diverse technici c.q. deskundigen uiteenlopende antwoorden geven op de aanvaardbaarheid van milieurisico's. Over de acceptatie van de besluiten worden de volgende vragen gesteld: hoe goed slaagt men erin onenigheid tot een goed einde te brengen, hoe tevreden is men met de organisatie en wat zijn daarin bepalende factoren?

Hoe is de deskundigeninbreng in de geschilbeslechting georganiseerd, en welke gevolgen heeft dat voor de acceptatie van besluiten?

1.3

METHODE

Deel 3 van het onderzoek bouwt voort op de eerdere deelonderzoeken. Zo wordt in deel 3 – net als in deel 1- aandacht besteed aan het algemene juridische kader voor de besluitvorming en aan de beleidslijnen die een aantal andere landen voor de omgang met onzekere risico's hebben opgesteld, waarbij bijzonder ingegaan wordt op het voorzorgsbeginsel. Daarnaast wordt zo veel mogelijk aangesloten bij het soort cases dat in deel 2 centraal stond, dat wil zeggen de vergunningverlening voor inrichtingen, zoals een industriële activiteit met inbegrip van een lozing van afvalstoffen op het water, en een grootschalige opslag en verwerking van afval.

Zowel voor het juridische als het bestuurskundige deel heeft een bureaustudie (wetgeving, jurisprudentie, literatuur) plaatsgevonden. Vervolgens werd met behulp van interviews met een aantal buitenlandse deskundigen nader inzicht verkregen.

Gelet op het beperkte budget kon slechts een beperkt aantal landen worden geselecteerd. Bij de keuze van die landen is op een aantal zaken gelet. Om de kans op bruikbare lessen te maximaliseren is gekozen voor landen die mogelijk afwijken in de omgang met onzekere risico's van Nederland en van elkaar. Tegelijkertijd diende het bestuursstelsel wel in zekere mate gelijkenissen te vertonen met het Nederlandse. Ook de beschikbaarheid van informatie over de manier waarop betreffende landen met onzekere risico's omgaan – onder andere in de

besluitvorming over vergelijkbare casus als in deel 2 werden onderzocht en in de vorm van bestaande studies naar dit aspect, speelde een rol. Tenslotte was van belang of er in betreffende landen al dan niet sprake is van problemen bij de acceptatie van de uitkomsten van het besluitvormingsproces; indien er in betreffende landen veel problemen optreden is er sprake van een negatief voorbeeld, indien de problemen beperkt zijn van een positief voorbeeld. Deze uitgangspunten leidden ertoe dat er in het juridische deel naar andere landen is gekeken dan voor het bestuurskundige deel. Voor de juridische vergelijking werden de volgende landen worden betrokken in het onderzoek:

- Duitsland, gelet op de lange traditie met de wettelijke vastlegging van het voorzorgsbeginsel, en de sterke samenhang met algemene rechtsbeginselen.
- Zweden, ook vanwege de algemene indruk dat dit land een lange traditie heeft van een milieubeleid op hoog niveau, en vanwege een zorgplicht c.q. beginsel tot het nemen van voorzorgsmaatregelen.
- Verenigd Koninkrijk, in het bijzonder Engeland: hier is juist geen gecodificeerd voorzorgsbeginsel, en bestaat traditioneel veel aandacht voor kosten-batenafwegingen en voor specifieke (bestuurlijke) vormen van geschilbeslechting ('inquiries', 'tribunals').

Voor de bestuurskundige vergelijking werden de volgende landen worden betrokken in het onderzoek:

- Het Verenigd Koninkrijk, omdat het besluitvormingsproces na de vergunningverlening in de vorm is gegoten van quasi-rechterlijke procedures (inquiries) die sterk afwijken van de Nederlandse praktijk en er aanwijzingen zijn dat deze praktijk redelijk goed in staat is om maatschappelijke acceptatie te genereren voor het soort cases waarin we hier geïnteresseerd zijn.
- De Verenigde Staten, omdat er aanwijzingen zijn dat de opzet van de besluitvorming aldaar niet heeft geleid tot maatschappelijke acceptatie van besluiten.

Het onderzoek van de geselecteerde landen is ondersteund met enkele expert-interviews. De lijst van geraadpleegde personen is opgenomen in bijlage 2. Ter ondersteuning van de interviews is een casus gebruikt. Deze fictieve cases betreft een industriële activiteit met verschillende emissies, waaraan onzekere risico's kleven (zie bijlage 4).

De begeleidingscommissie is schriftelijk geraadpleegd over de opzet van het onderzoek. Een concept is met de begeleidingscommissie besproken op 17 april 2007. Zie voor de leden van de commissie bijlage 1. Uiteraard is het onderzoeksteam verantwoordelijk voor de inhoud van dit rapport. Het juridisch deel is verzorgd door dr. Nicole Niessen, Universiteit Maastricht (verantwoordelijk voor de hoofdstukken 2, 3 en 4 en dr. Marjan Peeters (hoofdstuk 5), die tevens de projectcoördinatie ter hand nam. Het bestuurskundig deel (hoofdstuk 5) is opgesteld door dr. Dave Huitema, Instituut voor Milieuvraagstukken, Vrije Universiteit. De conclusies en aanbevelingen zijn door het onderzoeksteam geformuleerd.

HOOFDSTUK 2 Duitsland

2.1

INLEIDING

Rond 1970 is in Duitsland en Zweden het voorzorgsbeginsel ontwikkeld om wetgeving, bestuur en rechtspraak te sturen in het omgaan met zekere én onzekere milieurisico's. Overigens zijn de betekenis en toepassing van het voorzorgsbeginsel in beide landen niet identiek. Hoewel Zweden het voorzorgsbeginsel (iets) eerder op de kaart zette, slaagde Duitsland er beter in het eigen concept naar andere rechtsstelsels te exporteren.

Het *Vorsorgeprinzip*¹ lag aan de basis van Duitsland's groene politiek rond 1980. In verband hiermee werd Duitsland een pionier op het gebied van groene technologie ter bestrijding van vervuiling aan de bron. Duitsland was de drijvende kracht achter artikel 15 van de Verklaring van Rio de Janeiro en artikel 174 EG-Verdrag. Hierbij gingen milieuoverwegingen en economisch eigenbelang hand in hand. Met de promotie van het voorzorgsbeginsel buiten de eigen landsgrenzen wist Duitsland zijn concurrentiepositie binnen Europa en de wereld veilig te stellen door ook andere landen aan strengere milieunormen te binden. Tegelijkertijd kon het zichzelf als koploper inzake de ontwikkeling van schone technologie profileren.²

Volgens de gangbare opvatting is het Duitse *Vorsorgeprinzip* een rechtsbeginsel (*rechtssatzförmiges Prinzip*). Het heeft betrekking op milieurisico's die zowel zeker (preventie) als onzeker (voorzorg) zijn. In de Duitse milieuwetgeving en -beleid wordt geen expliciet onderscheid gemaakt tussen het preventie- en voorzorgsbeginsel, in de milieujuridische literatuur en de milieurechtspraak wordt dit nadrukkelijk wel gedaan.

Het onderscheid tussen preventie en voorzorg is om verschillende redenen juridisch relevant:

a) alleen bij zekere milieurisico's moet de overheid beschermende maatregelen treffen, en

¹ Soms ook *Vorsorgegrundsatz* genoemd in de literatuur, bijvoorbeeld in J. Zöttl, 'Towards integrated protection of the environment in Germany', In: *Journal of Environmental Law*, Vol. 12 No. 3, Oxford University Press, 2000., p. 287-288.

² A. Jordan & T. O'Riordan, The precautionary principle: a legal and political history, In: M. Martuzzi and J.A. Tickner, The precautionary principle: protecting public health, the environment and the future of our children, WHO 2004, p. 33-34; H. von Secht & H.E. Ott, EU Environmental principles: Implementation in Germany, Wuppertal Papers Nr. 105, Juli 2000, p. 5 en 7.

b) *Drittschutz* (derdenbescherming) geldt slechts in het kader van preventieve maatregelen tegen zekere milieurisico's.

De betekenis van het voorzorgsbeginsel is in hoge mate sectorgebonden, al was het maar doordat de Duitse milieuwetgeving zo sterk verbrokkeld is. Toch kunnen ten aanzien van onzekere milieurisico's grofweg twee hoofdbenaderingen worden onderscheiden:

- een traditioneel 3-traps beschermingsregime, en
- een modern 2-traps beschermingsregime.³

Deze twee benaderingen worden hierna nog toegelicht (zie met name paragraaf 2.3.2).

2.2

DE ORGANISATIE VAN HET MILIEURECHT IN DUITSLAND

2.2.1

SAMENWERKING TUSSEN FEDERATIE EN DEELSTATEN

Duitsland is een federale staat (Art. 20.I GG). Er geldt een federale grondwet (*Grundgesetz*, hier afgekort GG) voor het hele grondgebied. Daarnaast beschikken de 16 afzonderlijke deelstaten (*Länder*) over eigen grondwetten die verdergaande garanties mogen bieden dan hun federale evenknie.⁵ Het Duitse Constitutioneel Hof (*Bundesverfassungsgericht*) is bevoegd in geschillen tussen federatie en deelstaten over hun onderlinge verhoudingen en afstemming van werkzaamheden. Het Constitutioneel Hof waakt ook over de grondrechten van burgers.

Artikel 20a GG, in 1994 toegevoegd aan de Grondwet van 1949, ziet op de bescherming van het milieu:⁶

*Artikel 20a GG*⁷

Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen und der Tiere

³ S. Marr & A. Schwemer, The precautionary principle in German environmental law, In: *Yearbook of European Environmental Law*, Vol. 3, March 2004, p. 134.

⁴ M. Rodi, Public environmental law in Germany, In: R.J.G.H. Seerden, M.A. Heldeweg & K.R. Deketelaere, *Public Environmental Law in the European Union and the United States*, The Hague: Kluwer Law International, 2002, p. 199-245.

⁵ M. Rodi, a.w. p. 199: Inzake milieubescherming geven de meeste staten een verklaring gelijkloend aan artikel 20a GG, maar speciale milieubeschermende garanties komen ook voor, zoals de plicht van burgers om te zorgen voor een gezond milieu, het recht op milieu-informatie e.d. H. Schlemminger & C.-P. Martens (eds), *German Environmental Law for Practitioners*, 2nd Ed., Series of Legislation in Translation Vol. 8, The Hague: Kluwer Law International, 2004, p. 16 voeren aan dat sommige deelstaten, zoals Baden-Württemberg (Art. 86), Bavaria (Art. 141), Saarland (Art. 59a), Bremen (Art. 11a), Hamburg (Preamble), Noord Rijn Westfalen (Art. 29a), Rijnland Palatinat (Art. 69) en Hesse (Art. 26a) milieubescherming eerder in hun constituties hadden opgenomen dan de federale grondwetgever.

⁶ M. Rodi, a.w., p. 199.

⁷ Engelse vertaling (<http://www.iuscomp.org/gla/statutes/GG.htm>) van Artikel 20a GG [Protection of the natural bases of life]: Mindful also of its responsibility toward future generations, the state shall protect the natural bases of life by legislation and, in accordance with law and justice, by executive and judicial action, all within the framework of the constitutional order.

Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung.

De slotzinsnede 'im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung' impliceert volgens Winter dat milieubescherming niet losstaat van andere constitutionele beginselen zoals individuele eigendom en economische vrijheid.⁸ Anderzijds geeft de grondwettelijke erkenning dat milieubescherming een belangrijke overheidstaak is richting aan de wijze waarop het bestuur gebruik maakt van zijn discretionaire bevoegdheden.⁹ Voorts kan de Duitse milieuwetgeving niet los worden gezien van het supranationaal Europees milieurecht en internationaalrechtelijke verplichtingen. Met name de Europese regelgeving is in hoge mate bepalend voor de inhoud van het Duits milieurecht.

In beginsel gaat federale wetgeving boven wetgeving van de deelstaten (Art. 31 GG). Ingevolge Artikel 70 GG zijn de wetgevende bevoegdheden inzake milieubescherming tussen Federatie en Deelstaten als volgt verdeeld:

Artikel 70 GG¹⁰

Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern

- (1) Die Länder haben das Recht der Gesetzgebung, soweit dieses Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht.
- (2) Die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Bund und Ländern bemißt sich nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes über die ausschließliche und die konkurrierende Gesetzgebung.

De Grondwet verleent aan de federale wetgever niet bij uitsluiting wetgevende bevoegdheden met betrekking tot de bescherming van het milieu (art. 71 jo. 73 GG). Federatie en deelstaten hebben concurrerende wetgevende bevoegdheden inzake het gebruik van kernenergie, afval, luchtvervuiling en geluidshinder (Art. 72 jo. 74 GG). Dit betekent dat de deelstaten terzake van deze onderwerpen slechts regelgevende bevoegdheid hebben indien en voor zover de federale overheid geen wetten tot stand heeft gebracht.¹¹ Verder kan de federale wetgever, ter invulling van artikel 72 GG, zogenaamde kaderwetgeving maken voor de deelstaten (Art. 75.I.6 GG). Deze verdeling van wetgevende bevoegdheden tussen federatie en

⁸ G. Winter, The legal nature of environmental principles in international, EU, and exemplary national law. In: G. Winter (ed.), Multi-level governance of global environmental change. Perspectives from science, sociology and the Law, Cambridge: Oxford University Press, 2006, p. 596-597.

⁹ H. Schlemminger & C.-P. Martens (eds.), a.w., p. 17.

¹⁰ Engelse vertaling (<http://www.iuscomp.org/gla/statutes/GG.htm>) Article 70 [Division of legislative powers between the Federation and the Länder]:

- (1) The Länder shall have the right to legislate insofar as this Basic Law does not confer legislative power of the Federation.
- (2) The division of authority between the Federation and the Länder shall be governed by the provisions of this Basic Law respecting exclusive and concurrent legislative powers.

¹¹ Zie voor een beknopt overzicht, M.Rodi, a.w., p. 207.

deelstaten geldt ook ten aanzien van (in meer en mindere mate) aan de bescherming van het milieu gerelateerde onderwerpen, zoals ruimtelijke ordening, infrastructuur, belastingheffing, civielrechtelijke (milieu) aansprakelijkheid en strafrechtelijke (milieu)handhaving. Tenslotte kunnen lokale overheden door middel van verordeningen (*Satzungen*) aanvullende milieuregels stellen (Art. 28.II GG).¹²

2.2.2

EEN LAPPENDEKEN VAN MILIEUWETGEVING EN –BELEID

In deze studie beperken wij ons tot de federale milieuwetgeving. De federale wetgever heeft vanaf 1970, gebruikmakend van zijn concurrerende wetgevende bevoegdheid, sectorgewijs gedetailleerde milieuwetgeving tot stand gebracht. Bijgevolg is de wetgevende bevoegdheid van de deelstaten aanzienlijk ingeperkt. Het huidige Duitse milieurecht kan men goed kenschetsen als een lappendeken van sectorwetten, op federaal en deelstaatniveau, die niet altijd goed met elkaar overeenstemmen.¹³

Tot heden is er geen federale milieukaderwet die algemene regels stelt voor, bijvoorbeeld, geïntegreerde milieubesluitvorming, zoals de Nederlandse Wet milieubeheer of de Zweedse *Miljöbalken*. Wel zijn in opdracht van het federale milieuministerie diverse studies verricht naar de wenselijkheid en mogelijkheid van een federale milieukaderwet. In de jaren negentig van de vorige eeuw leidden deze studies tot twee wetsontwerpen. Milieurechtelijke beginselen, zoals het voorzorgsbeginsel, waren opgenomen in het algemeen deel van deze wetsontwerpen. De bevoegdheidsverdeling tussen federale overheid en de deelstaten bleek echter een heikele kwestie, waardoor de besluitvorming hierover lange tijd vastzat.¹⁴ Na de algemene verkiezingen van 2006 is er echter een regeringscoalitie die de totstandkoming van een *Umweltgesetzbuch* hoog op de agenda heeft staan.¹⁵

Naast tal van milieusectorwetten spelen beleidsregels, waarvan de juridische status omstreden is, een belangrijke rol in het Duitse milieurecht.¹⁶ De zogeheten Technische Instructies (*Technische Anleitung*, TA) zijn gebruikelijk op meerdere deelterreinen van het Duitse milieurecht. In beginsel hebben deze beleidsregels alleen interne werking: zij binden louter de ambtelijke organisatie en derden kunnen er geen rechten aan ontlelen. De facto echter werken deze beleidsregels – met een beroep op het vertrouwens- en gelijkheidsbeginsel – wel degelijk extern.¹⁷ De TA bevatten concrete drempel- en streefwaarden voor immissies en emissies

¹² M. Rodi, a.w., p. 200-201.

¹³ M. Rodi, a.w., p. 208.

¹⁴ M. Rodi, a.w., p. 208.

¹⁵ S. Gabriel in de *Frankfurter Allgemeinen Zeitung*, 21 november 2006: 'Umweltrecht unter einem Dach. Das neue Umweltgesetzbuch als Beitrag für mehr Modernität und Effizienz in der Umweltpolitik'.

¹⁶ M. Rodi, a.w., p. 204: Vanwege hun omstreden juridische status heeft de HvJ EG in de zaken 1991, 2607 en 1991, 2567 Duitsland verboden om EG-milieurichtlijnen (i.c. 80/779, 89/427) te implementeren door middel van beleidsregels.

¹⁷ M. Rodi, a.w., p. 203 noemt ook anticipated expert opinion en self-engagement of the administration. Zie vergelijkbare status van beleidsregels in het Nederlandse bestuursrecht, art. 1:3 lid 4 Awb jo. 4:81-4:84 Awb.

alsook voorschriften met betrekking tot productieprocessen en Beste Beschikbare Technieken. Bestuurlijke autoriteiten passen deze TA doorgaans nauwgezet toe. Ook voor de rechter vormen de TA een cruciale toetssteen.¹⁸ Wel moet de Duitse overheid ermee rekening houden dat voor de omzetting van Europese milieuriichtlijnen het instrument van beleidsregel niet volstaat. Zo oordeelde het Hof van Justitie EG dat de *TA-Luft* van 1986, de technische instructie voor luchtkwaliteit, niet kon garanderen dat de Europese normen voor luchtkwaliteit onverkort in Duitsland zouden worden toegepast. De in 2002 ingrijpend gewijzigde *TA-Luft* voldoet wel aan de Europese maatstaven voor de omzetting van milieuriichtlijnen.

In dit verband werpen Horst en Schlemminger de vraag op of het milieu wel is gediend bij gedetailleerde juridisch bindende normstelling, aangezien wetgevingsprocessen in veel gevallen niet in de pas (kunnen) lopen met nieuwe technologische ontwikkelingen en inzichten.¹⁹

2.2.3

ORGANISATIE VAN DE MILIEURECHTSPRAAK

Artikel 19.IV GG bevat het grondrecht op effectieve rechtsbescherming tegen overheidshandelen. De rechterlijke controle op de naleving van milieuwetten is opgedragen aan administratieve rechtbanken.²⁰ Zij oordelen over milieurechtelijke geschillen doordat burgers opkomen tegen een milieuvergunning (*Anfechtungsklage* of vernietigingsberoep) of tegen het uitblijven daarvan (*Verpflichtungsklage* of opdracht tot vergunningverlening).²¹ Burgers kunnen zich ook tot de administratieve rechter wenden om een rechtsoordeel te geven (*Feststellungsklage*).²²

In iedere deelstaat zijn meerdere administratieve rechtbanken (*Verwaltungsgerichte*) ingesteld en is er één administratief hof (*Verwaltungsgerichtshof* of *Oberverwaltungsgericht*). In veel milieurechtelijke geschillen is overigens niet de administratieve rechtbank maar het administratief hof in eerste instantie bevoegd (§ 48 VwGO).²³ In laatste instantie, op federaal niveau, doet de Federale Administratieve Rechtbank (*Bundesverwaltungsgericht*) uitspraak in milieurechtelijke kwesties. Aan het Constitutioneel Hof (*Bundesverfassungsgericht*) kunnen milieurechtelijke geschillen, indien en voor zover zij raken aan

¹⁸ M. Rodi, a.w., p. 203-204.

¹⁹ H. Schlemminger & C.-P. Martens (eds.), a.w., p. 20-21.

²⁰ De rechterlijke macht in Duitsland is verdeeld in 5 zuilen: gewone rechtspraak (*ordentliche Gerichtsbarkeit*), administratieve rechtspraak (*Verwaltungsgerichtsbarkeit*), arbeidsrechtspraak (*Arbeitsgerichtsbarkeit*), belastingrechtspraak (*Finanzgerichtsbarkeit*) en sociale verzekeringsrechtspraak (*Sozialgerichtsbarkeit*). In: M. Schröder, a.w., p. 132 alsook in B.W.N. de Waard, A.J. Bok en P.C. Gilhuis, *Rechtsvergelijking bestuursrechtspraak*, Algemeen bestuursrecht 2001, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2001, p. 77.

²¹ Artikel 42 VwGO.

²² Artikel 43 VwGO en M. Schröder, a.w. p. 237.

²³ De afkorting VwGO staat voor Verwaltungsgerichtsordnung (Federale Wet op de Administratieve Rechtspraak) van 21 januari 1961.

grondwettelijke bepalingen die individuele burgers beogen te beschermen, worden voorgelegd.²⁴

Individuele rechtsbescherming (*Individualrechtsschutz*) ofwel *contentieux subjectif*, vormt de kernwaarde van het Duitse stelsel van rechtsbescherming tegen overheidsbesluiten. Voor toegang tot de administratieve rechter (*locus standi*) moet men aantonen:

- 1) dat een feitelijk of juridisch beschermd concreet eigen belang is aangetast, en
- 2) dat dit belang wordt beschermd door de ingeroepen rechtsregel(s), de zogeheten *Schutznorm*.

Deze focus op individuele rechten werkt ook door in de omvang van de rechtmatigheidstoets. De rechter beperkt zich tot de vraag of het overheidshandelen rechtmatig was jegens *deze* burger.

Een strikte toepassing van de *Schutznorm*-leer sluit uit dat burgers in rechte kunnen opkomen tegen milieubesluiten. Milieuwetten vestigen immers geen individuele rechten. Ook Artikel 20a *Grundgesetz* bevat geen grondrecht op een schoon milieu maar verplicht de staat 'to protect the natural conditions of life, thereby taking responsibility for the future generations'. Wanneer echter de kwaliteit van het milieu cruciaal is voor gezondheid (art. 2 (2) GG) of eigendom (art. 14 GG) van burgers, kunnen zij zich erop beroepen dat *hun* grondrechten in het geding zijn. Ook voor milieuorganisaties, mits zij zich beroepen op de aantasting van eigen (statutair vastgelegde) rechten, staat de weg naar de administratieve rechter open. Een *actio popularis* is ondenkbaar.²⁵

Zowel de Federale Administratieve Rechtbank als het Constitutioneel Hof hebben baanbrekende uitspraken gedaan met betrekking tot de betekenis van *Vorsorge* bij onzekere milieurisico's. In verband met de mogelijkheid van juridisch afdwingbare voorzorgsmaatregelen tegen onzekere milieurisico's benadrukken wij dat grondrechten zowel negatieve (geen overheidsbemoeienis) als positieve verplichtingen (wel overheidsbemoeienis) kunnen inhouden.²⁶

2.3

WET- EN REGELGEVING MET BETREKKING TOT ONZEKERE MILIEURISICO'S

2.3.1

DEFINITIE EN AFBAKENING VAN HET *VORSORGEPRINZIP*

Het begrip *Vorsorge* in het Duitse milieurecht omvat zowel maatregelen ter voorkoming van *zeker* milieugevaar als maatregelen ter voorkoming van *onzeker* milieurisico.²⁷ Voor een algemene beschrijving van het *Vorsorgeprinzip* verwijzen

²⁴ M. Rodi, a.w., p. 204 en 237; S. Marr en A. Schwemer, a.w., p. 136.

²⁵ M. Rodi, a.w., p. 238; G. Winter, Individual rights to environmental protection in the German Constitution, op <http://www-user.uni-bremen.de/~avosetta/windividr.html>.

²⁶ Enkele *landmark judgments* worden besproken door N. de Sadeleer (a.w.) alsook S. Marr & A. Schwemer (a.w.).

²⁷ N. de Sadeleer, The enforcement of the precautionary principle by German, French and Belgian courts, *RECIEL* 9 (2) 2000, Blackwell Publishers Ltd., p. 144.

wij naar een notitie uit 1984 van de federale regering aan het federale parlement.²⁸ In deze notitie staat de gedachte centraal dat milieuvervuiling zoveel mogelijk dient te worden voorkomen. *Vorsorge* impliceert een zo vroeg mogelijke signalering van gevaren voor gezondheid én milieu door middel van onderzoek naar oorzaak-effect relaties. *Vorsorge* rechtvaardigt óók maatregelen indien sluitend wetenschappelijk bewijs nog niet voorhanden is. *Vorsorge* betekent bovendien dat in alle economische sectoren technologie moet worden ontwikkeld om een aanzienlijke vermindering van de milieulasten, met name door gevaarlijke stoffen, te bewerkstelligen.

Of, en zo ja, in welke mate, beschermende overheidsmaatregelen moeten worden getroffen tegen (on)zekere milieurisico's varieert per milieusector en van geval tot geval. Bovendien is de betekenis van het *Vorsorgeprincipe* tijdsgebonden. Met name de ontwikkeling van het Europese milieurecht dwingt regelmatig tot specifieke aanpassingen op deelterreinen van het Duitse milieurecht.²⁹ Bij de toepassing van *Vorsorge* in concrete gevallen gaat het tenslotte uiteindelijk om een politieke afweging tussen milieubelangen en andere belangen, voornamelijk economische, waarvan de uitkomst niet bij voorbaat vaststaat.³⁰

Het *Vorsorgeprincipe* manifesteert zich op diverse wijzen in het Duitse milieurecht. Wij volgen hieronder de indeling van Marr en Schwemer: als bindende rechtsnorm (*rechtssatzförmiges Prinzip*), als structuur- of gidsbeginsel voor milieuwetgeving en -beleid (*Strukturprinzip* of *Leitprinzip*) en als rechtsbeginsel (*Rechtsgrundsatz*).³¹ Het *Vorsorgeprincipe* als rechtsnorm betekent dat voorzorg tot uitdrukking komt in een concrete milieustandaard, zoals een immissie- of emissienorm in een milieusectorwet. Het *Vorsorgeprincipe* als structuur- of gidsbeginsel betekent dat met voorzorg rekening moet worden gehouden bij het maken van wetgeving en beleid, zoals tot uitdrukking komt in artikel 20a GG. Het *Vorsorgeprincipe* als rechtsbeginsel impliceert dat het algemeen bindend werkt, gelijk een regel van internationaal gewoonterecht of het proportionaliteitsbeginsel.

2.3.2

GEVAARPREVENTIE, RISICOPREVENTIE EN RESTRISICO

Traditioneel onderscheiden Duitse milieuwetten drie risicocategorieën waarop verschillende beschermingsregimes van toepassing zijn. Onder andere de Federale Luchtmissie Controle Wet (*Bundesimmissionschutzgesetz*, BISG) en de Federale Bodembeschermingswet (*Bodenschutzgesetz*, BBSG) volgen dit stramien.³²

Gevaarpreventie, stap één, heeft betrekking op activiteiten waarvan wetenschappelijk onderzoek aantoont dat milieuschade met een zekere grenzende waarschijnlijkheid zal optreden. Alsdan moet de overheid, gelet op het beschermingsmandaat van artikel 19.IV GG, haar burgers effectief beschermen en

²⁸ Te vinden in S. Boehmer-Christiansen, 'The precautionary principle in Germany - enabling Government.' In: Timothy O'Riordan and John Cameron (eds.), 1994', In: *Interpreting the Precautionary Principle*; London: Cameron May, p. 37.

²⁹ J. Struß, antwoord op vraag 5 van onze questionnaire, 19 oktober 2006.

³⁰ H. von Seht en H.E. Ott, a.w., p. 8.

³¹ S. Marr & A. Schwemer, a.w., p. 128-129

³² S. Marr & A. Schwemer, a.w., p. 136-139.

Drittschutz toekennen. *Drittschutz*, oftewel derdenbescherming, betekent dat naast degene tot wie een overheidsbesluit – zoals een milieuvergunning – zich richt óók burgers tot wie het besluit zich niet richt maar er wel nadeel van (kunnen) ondervinden, daartegen in rechte mogen opkomen.³³ Ten aanzien van risicopreventie, stap twee, is de Duitse overheid niet verplicht milieubeschermende maatregelen te treffen. Risicopreventie wordt geacht enkel het algemeen belang en geen individuele burgers te dienen, bijgevolg is er geen *Drittschutz*.³⁴ In de Duitse literatuur wordt geopperd dat deze beperking van de rechtsbeschermingsmogelijkheden bij onzekere milieurisico's in strijd is met de procedurele bepalingen van de IPPC-richtlijn. Tenslotte, stap drie, blijft over een restrisico waarvoor in het Duitse milieurecht geen rechtsbeschermingsregime is ontwikkeld. Deze geringe milieurisico's acht men inherent aan onze moderne industriële samenleving.³⁵

Dit drie-traps beschermingsregime laat zich goed illustreren aan de hand van Paragraaf 5 (1) No. 1 en 2 BISG. Ofschoon de wettekst zelf dit niet met zoveel woorden zegt is in doctrine en rechtspraak aanvaard dat Paragraaf 5 (1) No. 1 betrekking heeft op gevaarpreventie en dat Paragraaf 5 (1) No. 2 betrekking heeft op risicopreventie. Welke concrete voorzorgseisen moeten worden ontleend aan Paragraaf 5 (1) No. 2 is in de rechtspraak verder ontwikkeld. Zo wordt het in Paragraaf 5 (1) No. 2 besloten voorzorgsbeginsel aldus begrepen dat door middel van Best Beschikbare Technieken (*Stand der Technik*)³⁶ een aanzienlijke emissiereductie moet worden gerealiseerd. Inmiddels is deze eis geëxpliciteerd in de BISG, waarmee de wettekst uitvoering geeft aan Artikel 3 (a) IPPC-richtlijn. Maar bovenal komt het voorzorgsbeginsel tot uitdrukking in concrete luchtkwaliteitsnormen en -doelstellingen, zoals in de *TA Luft*. In deze milieukwaliteitseisen is een veiligheidsmarge ingebouwd – *precautionary buffer limits* in de woorden van Marr en Schwemer – wat betekent dat strengere normen gelden dan waartoe de preventie van zekere milieugevaren zou dwingen.³⁷

Enkele latere miliewetten volgen een twee-traps beschermingsregime: gevaar- en risicopreventie behoren tot één en dezelfde risicocategorie. Hiervoor geldt dan stap één van het traditionele systeem: een overheids

plicht tot het treffen van beschermende maatregelen én *Drittschutz*. De Kernenergiewet (*Atomgesetz*, AG), in het bijzonder Paragraaf 7 (2) No. 3, en de Wet op de Gentechnologie (*Gesetz zur Regelung der Gentechnik*, GRGT), met name de Paragrafen 6 (1) en (2) en 7(1), volgen

³³ H. Schlemminger & C.-P. Martens (eds.), a.w., p. 35.

³⁴ De literatuur is hierover heel stellig en dit is ook het antwoord van J. Struß op vraag 15 van onze vragenlijst.

³⁵ S. Marr & A. Schwemer, a.w., p. 134-135; Antwoord J. Struß op vraag 4 van onze questionnaire, 19 oktober 2006.

³⁶ Het Duitse concept *Stand der Technik* is niet identiek aan de norm *Best Available Techniques* van de IPPC-richtlijn. Een belangrijk verschil is dat de betekenis van *Stand der Technik* in het Duitse milieurecht sterk sectorafhankelijk is en dat het geen verplichting inhoudt om rekening te houden met 'cross-media' effecten. Zie J. Zöttl, a.w., p. 288.

³⁷ S. Marr & A. Schwemer, a.w., p. 128, 137-138. Zij definiëren *precautionary buffer limits* als volgt (p. 128): 'application of environmental quality standards that at a level below the threshold assumed to be potentially hazardous for the environment'.

dit stramien.³⁸ In deze milieuwetten ligt derhalve een nadrukkelijke voorzorgsaanpak besloten ten aanzien van onzekere milieurisico's. Zo geldt het strenge veiligheidsregime van de GRGT voor alle risico's die niet als restrisico kunnen worden beschouwd. Het woord gevaar komt in de wettekst niet voor. Voor concrete gevaren van gentechnologie is immers welhaast geen wetenschappelijk bewijs voorhanden.³⁹

Overigens is in 2002 de Kernenergiewet gewijzigd in die zin dat het gebruik van kernenergie, met uitzondering van het gebruik voor onderzoeksdoeleinden, fasegewijs zal worden beëindigd. Gegeven de huidige stand van kennis over de risico's van kernenergie acht de Duitse wetgever het gebruik ervan niet langer verantwoord.⁴⁰ Voor nieuwe installaties worden geen vergunningen meer afgegeven. De werkzaamheden van reeds operationele installaties mogen worden voortgezet totdat hun vergunning is uitgewerkt. Dit betekent dat zij binnen gemiddeld 11,5 jaar na 2002 moeten sluiten. Deze wijziging van de Kernenergiewet spoort met de uitspraak van het Constitutioneel Hof in de zaak Kalkar, die wij in paragraaf 2.5.1 nader zullen toelichten. In die uitspraak immers stelde het Constitutioneel Hof dat de fundamentele beslissing vóór of tegen het gebruik van kernenergie moet worden genomen door de wetgever.⁴¹

2.4

BESTUURLIJKE BESLUITVORMING EN ONZEKERE MILIEURISICO'S

2.4.1

ALGEMENE REGELS VOOR BESTUURLIJKE BESLUITVORMING

Voor de uitvoering van milieuwetgeving, ongeacht of deze afkomstig is van de federale wetgever of de deelstaten, dragen eerst en vooral de deelstaten zorg. De federale overheid richt zich hoofdzakelijk op de vaststelling van nationale milieuwetten en nationaal milieubeleid en het oefent toezicht uit op de uitvoering daarvan door de deelstaten.

In het Duits milieurecht spelen met name twee bestuurlijke instrumenten een belangrijke rol:

- a) de aanmelding of registratie van een licht milieubelastende activiteit en niet ingrijpende veranderingen aan bestaande inrichtingen;
 - b) de vergunning voor meer tot zwaar milieubelastende activiteiten, omvattende nieuwe inrichtingen en fundamentele veranderingen aan bestaande inrichtingen.
- Specifieke voorwaarden voor hetzij een aanmelding of een vergunningaanvraag voor een milieubelastende activiteit zijn opgenomen in de verschillende milieuwetten, de bijbehorende TA en andere uitvoeringsmaatregelen.⁴²

³⁸ S. Marr & A. Schwemer, a.w., 139-141.

³⁹ N. de Sadeleer, a.w., p. 144-145.

⁴⁰ Boven het Engelstalige persbericht van het Duitse Federale Ministerie voor Milieu, Natuurbescherming en Nucleaire Veiligheid dat op 25 april 2004 de inwerkingtreding van de gewijzigde Kernenergiewet aankondigt staat de veelbetekende kop: *New Atomic Energy Act enters into force, the phase-out of nuclear energy is the logical response to Chernobyl*.

⁴¹ A. Vorwerk, 'The 2002 amendment to the German Atomic Energy Act concerning the phase-out of nuclear power'. In: *Nuclear Law Bulletin* 69, 2002, p. 7-15.

⁴² H. Schlemminger & C.-P. Martens, a.w., p. 37.

De Wet op Bestuurlijke Procedures (*Verwaltungsverfahrensgesetz*, VwVfg) geeft algemene regels voor de bestuurlijke besluitvorming. Deze algemene regels gelden voor de totstandkoming van milieubesluiten tenzij de toepasselijke milieuwet specifieke procedurebepalingen bevat, die hebben dan voorrang.⁴³ Deze federale wet van 1976 is van toepassing in de deelstaten, tenzij deelstaten een eigen VwVfg hebben uitgevaardigd. De VwVfg op deelstaatniveau zijn doorgaans vrijwel identiek aan de federale VwVfg. Wij beperken ons hier tot de federale VwVfg van 1976. Deze bevat, vergelijkbaar met de hoofdstukken 1 tot en met 5 van de Nederlandse Awb: algemene beginselen van bestuursrecht; definities van kernbegrippen voor de bestuurlijke besluitvorming, zoals belanghebbende, bestuursorgaan, vertegenwoordiging; bepalingen inzake onderzoek en advisering, hoor en wederhoor, termijnen. Hoofdstuk 3 VwVfg ziet specifiek op het Duitse besluitbegrip, de *Verwaltungsakt*.⁴⁴ Gelijk aan het Nederlands bestuursrecht gelden met betrekking tot besluiten – zoals een milieuvergunning – speciale eisen voor de totstandkoming, vorm en inrichting ervan. Ook het rechtsbeschermingsregime, waarvoor de Wet op de Administratieve Rechtspraak (*Verwaltungsgerichtsordnung*, VwGO) regels geeft, richt zich primair op beroepsprocedures tegen de *Verwaltungsakt*.⁴⁵

2.4.2

FOCUS: BESLUITVORMINGSPROCEDURE BIJ ONZEKERE MILIEURISICO'S

Een belangrijk knelpunt in het Duitse milieurecht zijn de beperkte mogelijkheden voor geïntegreerde milieubesluitvorming doordat er zoveel verschillende milieuwetten zijn en een overkoepelende milieukaderwet ontbreekt die voorziet in een integratie en afstemming van milieubesluiten.⁴⁶ Een dergelijk *Umweltgesetzbuch* zou een welkome aanvulling zijn op de VwVfg en de VwGO.

De toepasselijke milieuwet geeft aan voor welk type inrichting c.q. milieubelastende activiteit een lichte (Deel III VwVfg) dan wel een zware procedure (Deel V VwVfg: formele procedure óf de goedkeuringsprocedure voor plannen) moet worden gevolgd om een milieuvergunning te verkrijgen.⁴⁷

Onzekere milieurisico's vormen geen aparte categorie waarvoor een speciaal besluitvormingstraject geldt.⁴⁸ Wil een *onzeker* milieurisico überhaupt een rol van betekenis spelen in de bestuurlijke besluitvorming, dan moet er een redelijk vermoeden zijn dat een bepaalde activiteit *aanzienlijk gevaar* voor mens en milieu zou kunnen opleveren. Deze vraag heeft betrekking op de drempelwaarde (*Besorgnispotenzial*)⁴⁹ die een onzeker risico moet passeren om milieujuridisch relevant te zijn. Derhalve komen voor de besluitvorming inzake onzekere milieurisico's met name de formele procedure (Deel V, Divisie 1 VwVgz) en de goedkeuringsprocedure voor plannen (Deel V, Divisie 2 VwVfg) in aanmerking. Belangrijke kenmerken van beide procedures zijn: openbaarheid,

⁴³ Conform het adagium 'lex specialis derogat lex generalis'.

⁴⁴ Definitie in § 35 VwVfg.

⁴⁵ § 40, § 42 en § 43 VwGO.

⁴⁶ Binnen de werking van het IPPC-regime, daarentegen, wordt geïntegreerde milieubesluitvorming opgedragen aan alle Lidstaten.

⁴⁷ H. Schlemminger & C.-P. Martens (eds.), a.w., p. 42; Par. 63 VwVgf.

⁴⁸ Antwoord van J. Struß op vraag 12 van onze vragenlijst.

⁴⁹ S. Marr & A. Schwemer, a.w., p. 138-139.

deskundigenadvisering en een verplichte hoorzitting. De toepasselijke milieuwet kan aanvullende procedurele eisen stellen, zoals de verplichting om een milieueffectrapportage op te stellen.

2.4.3

GEEN OMKERING VAN DE BEWIJSLAST

In het algemeen geldt bij onzekere milieurisico's niet een omkering van de bewijslast, zoals bijvoorbeeld wel geldt in het Zweedse milieurecht. Op grond van Artikel 24 VwVfg en Artikel 86 (1) VwGO rust op respectievelijk bestuur en rechter de plicht om alle relevante feiten en omstandigheden te onderzoeken, niet op de aanvrager van een milieuvergunning voor een mogelijk milieubelastende activiteit. Dit zou in strijd zijn met de notie van *Individualrechtsschutz* die het Duitse systeem van rechtsbescherming tegen de overheid kenmerkt. Ook zou men er in Duitsland voor vrezen dat een omkering van de bewijslast leidt tot een rem op technologische innovatie.

Marr en Schwemer keren zich nadrukkelijk tegen deze argumenten. Zij zijn voorstanders van een omkering van de bewijslast bij onzekere milieurisico's. Naar hun mening is dit geen onrechtmatige aantasting van fundamentele rechten van de producent c.q. uitvoerder (*operator*) van een mogelijk zeer risicovolle industriële inrichting. Fundamentele rechten zijn niet absoluut. Zij kunnen conflicteren met andere fundamentele rechten. Het belang van deze ene producent of uitvoerder zou niet zwaarder mogen wegen dan het recht op leven en gezondheid van de bevolking en de bescherming van de natuur.⁵⁰

Overigens zien we wel een omkering van de bewijslast in sommige milieuwetten die betrekking hebben op activiteiten waarvan welhaast zeker is dat zij aanzienlijke schade kunnen toebrengen aan mens en milieu. Struß wijst in dit verband op het *präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt* en het *repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt*.⁵¹ Maar wellicht is hier eerder sprake van toepassing van het preventiebeginsel in plaats van het voorzorgsbeginsel.

2.4.4

MOGELIJKE UITKOMSTEN BIJ ONZEKERE MILIEURISICO'S

De milieuvergunning knoopt aan bij de milieuvervuilende inrichting, het milieubelastende product of de milieubelastende activiteit.⁵² Bij onzekere risico's is het zeer onwaarschijnlijk dat er geen vergunning wordt verleend. Aannemelijk is dat een milieuvergunning wordt afgegeven, doch voor bepaalde duur en/of onder voorwaarden die zien op beperking van de onzekere milieurisico's, zoals het verrichten van verder onderzoek naar mogelijke milieurisico's en/of milieuvriendelijker alternatieven. De werking van het voorzorgsbeginsel wordt in belangrijke mate getemperd door het proportionaliteitsbeginsel (*Prinzip der Verhältnismäßigkeit*), inhoudende dat voor het antwoord op de vragen of, en zo ja,

⁵⁰ S. Marr & A. Schwemer, a.w., p. 145-146.

⁵¹ Antwoord van J. Struß op vraag 11 van onze vragenlijst.

⁵² H. Schlemminger & C.-P. Martens (eds.), a.w., p. 41.

welke voorzorgsmaatregelen dienen te worden getroffen er een afweging gemaakt moet worden tussen het milieubelang en andere, veelal economische belangen.⁵³

2.5

RECHTERLIJKE TOETSING VAN BESTUURSBESLUITEN BIJ ONZEKERE MILIEURISICO'S

2.5.1

LANDMARK JUDGMENT

Met betrekking tot de verplichting om bij onzekere milieurisico's *Vorsorge* te betrachten hebben de Duitse administratieve rechters en het Constitutioneel Hof sinds 1978 baanbrekend werk verricht. Overigens refereerden zij in hun oordelen lang niet altijd expliciet naar het Vorsorgeprinzip, maar kan impliciet uit de rechterlijke uitspraak een voorzorgsbenadeing worden afgeleid.

Een van de eerste zaken waarin het Constitutioneel Hof een cruciale uitspraak deed had betrekking op de kernreactor Kalkar.⁵⁴ Voor de werking van deze installatie was een vergunning verleend op grond van artikel 7 Kernenergiewet. Ingevolge het tweede lid kon de vergunning enkel verleend worden indien de vergunninghouder 'takes every necessary precaution in the light of existing scientific knowledge and technology to prevent damage resulting from the construction and operation of the installation'. In casu eiste een boer uit het omringende gebied vernietiging van de op 18 december 1972 verleende vergunning. Hij baseerde zijn claim op het grondrecht op leven (Art. 2 GG).

Het Constitutioneel Hof oordeelde dat artikel 7 (2) Kernenergiewet *vooralsnog* voldoende precieze criteria bood voor nadere regulering door het bestuur bij wie het primaat berust om aan vage wettelijke noties als 'voorzorg' en 'de huidige stand van de wetenschap' een concrete invulling te geven. Gegeven de staatsrechtelijke verhoudingen – 'separation of powers'- houdt de rechter zich hiervan afzijdig. Desalniettemin merkt het Constitutioneel Hof op dat de wetgever concrete maatstaven moet geven zodra er meer duidelijkheid is over de mogelijke milieugevaren. Het is aan het Constitutioneel Hof om erop toe te zien dat de conclusies van de wetgever niet manifest onredelijk zijn. Een citaat uit de Engelse vertaling van deze uitspraak:⁵⁵

'Only the future will show whether this decision to implement breeder technology will be useful or harmful. In this necessarily uncertain situation the legislature and the government primarily have the political responsibility for making what they consider pragmatic decisions within the confines of their respective authority. Under these circumstances, it is not the function of the courts to substitute their judgment for that of political branches when assessing the situation, because legal criteria for such decisions do not exist.

⁵³ S. Marr & A. Schwemer, a.w., p. 148: milieubaten versus economische kosten-analyse. Antwoord J. Struß op vraag 8 van onze vragenlijst.

⁵⁴ BVerGE 49, 8 augustus 1978, 89 (143) en 53, 30 (58/58).

⁵⁵ Comparative Case Note for UWC Community Law Centre. Positive Obligations, Separation of Power & the German Case Law, 3 April 2002, ESC Rights Litigation Programme, p. 9.

Where reasonable doubts are possible – whether or not the dangers feared by the court below materialize – all organs of the state, and thus the legislature as well, have the constitutional duty to make every effort to recognize possible dangers in time and to counter them by constitutional means. If, in the future, some probability of these dangers exists – in the judgment of the ... responsible political organs – the legislature would have the duty to act...'

Bovenvermeld citaat bevat een aantal principiële overwegingen waarvan het belang verder reikt dan de specifieke casus:

- 1) op de overheid rust de plicht om wetenschappelijke en technologische ontwikkelingen te volgen met het oog op het voorkomen en vermijden van milieurisico's,
- 2) de wetgever moet concrete wettelijke normen ontwikkelen zodra er meer zekerheid bestaat over bepaalde milieurisico's.

Hoewel het Constitutioneel Hof in de Kalkar-zaak principieel aangaf dat artikel 7 Kernenergiewet mede ziet op onzekere milieurisico's, zien we dat de Duitse milieurechtspraktijk ná de Kalkar-uitspraak toch weer risicopreventie als uitgangspunt nam, dat wil zeggen het voorkomen van wetenschappelijk aantoonbare risico's. Op 19 december 1985, echter, bevestigde de Federale Administratieve Rechtbank in de zaak Wyhl dat:⁵⁶

'Article 7 (2) sub 3 should be interpreted not in terms of the predetermined notion of 'danger' of classical administrative law, but with regard to the specific protection which appears in Article 1(2) of the Atomic Energy Law. Consequently, precaution in the sense of the standard in question does not mean that measures of protection may only be taken if 'certain situations or facts can, by the law of causation, give rise to other, prejudicial, situations or facts' (definition given by the Superior Administrative Court of Prussia, judgment of 15 October 1894). On the contrary, it is necessary to take account of the possibilities for damages that do not yet represent 'dangers' in this sense, since science in its present state is not capable of predicting with certainty the consequences of certain acts and can therefore not say whether or not these effects represent a danger.

It is necessary to take into consideration the suspicion of danger or 'reasons for concern' (*Besorgnispotential*). Precaution also means that in assessing the probability of damage, reference to practical technical knowledge is not sufficient; *security measures should also be considered according to 'purely theoretical' thinking and calculations, so as adequately to exclude risks arising from uncertainties and lacunae in scientific understanding* (cursivering, NN).

In order to take the precautions required according to Article 7 (2) sub 3 of the Atomic Energy Law, dangers and risks must be practically excluded. The evaluation needed for this task should refer to 'the current level of

⁵⁶ N. de Sadeleer, a.w., p. 146.

science and technology'. Uncertainties relating to research and risk assessment must be considered according to the reasons for concern associated with them under sufficiently conservative hypotheses. In this process, the administrative authority charged with granting the authorization should not just rely on dominant theory but should take account of all tenable scientific knowledge.'

Samenvattend omarmt de Federale Administratieve Rechtbank in de zaak *Whyl* een zeer ruime definitie van *Vorsorge*. Nochtans benadrukt de rechter, met verwijzing naar de Kalkar-uitspraak, dat de rechter het bestuursbesluit slechts marginaal toetst. Dit houdt in dat de rechter niet zijn eigen beoordeling van wetenschappelijk controversiële kwesties in de plaats zal stellen van die van het bestuur. In de zaak *Whyl* zien we dan ook dat de Federale Administratieve Rechtbank het vernietigingsberoep afwijst omdat de bevoegde bestuurlijke autoriteiten het besluit hadden genomen na bestudering van verschillende wetenschappelijke opvattingen. De rechterlijke controle richt zich dus in hoofdzaak op de besluitvormingsprocedure. Voor wat betreft de vaststelling van specifieke voorzorgsmaatregelen heeft het bestuur een ruime beslismarge. Een vergelijkbare constructie zien we ook in de jurisprudentie met betrekking tot onzekere risico's en biotechnologie.⁵⁷

2.5.2

EXPLICIET OF IMPLICIET REFEREREN AAN HET *VORSORGEPRINZIP*?

Voorzorg kan besloten liggen in een concrete milieunorm, de zogeheten *precautionary buffer limit* volgens Marr en Schwemer.⁵⁸ De rechter toetst dan aan de milieunorm zonder expliciet te refereren aan het *Vorsorgeprinzip*. In zijn algemeenheid geldt dat de Duitse rechter er niet voor schroomt om expliciet te verwijzen naar het *Vorsorgeprinzip*, doch veelal in één adem met andere algemene bestuurs- en/of milieurechtelijke beginselen die een rol speelden, of hadden moeten spelen, in de besluitvorming. In verband hiermee benadrukken wij nogmaals dat het *Vorsorgeprinzip* een ruim begrip is dat zowel preventie tegen zekere risico's als voorzorg bij onzekere risico's omvat. Als basis voor het opleggen van milieubescherpende maatregelen aan de industrie neigt de rechter ertoe het *Vorsorgeprinzip* slechts te erkennen in de betekenis van preventie tegen zeker gevaar.⁵⁹

2.5.3

TOETSINGSINTENSITEIT

Het antwoord op de vraag óf er sprake is van een onzeker milieurisico waartegen de overheid beschermende maatregelen moet nemen, en zo ja, wélke beschermende maatregelen, is een discretionaire bevoegdheid (*Ermessen*) van het bestuur. In beginsel treedt de rechter niet in deze bestuurlijke belangenafweging. Het is evenwel zo dat in Duitsland de rechter het vrije bestuurshandelen indringender toetst dan de rechter in andere (Europese) landen.

⁵⁷ N. de Sadeleer, a.w., p. 147.

⁵⁸ S. Marr & A. Schwemer, a.w., p. 128.

⁵⁹ Antwoord van J. Struß op vraag 17 van onze vragenlijst.

§ 114 VwGO ziet speciaal op de rechterlijke controle van beleidsvrije bestuursbesluiten:

§ 114 [Nachprüfung von Ermessensentscheidungen]

Soweit die Verwaltungsbehörde ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, prüft das Gericht auch, ob der Verwaltungsakt oder die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsaktes rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist. Die Verwaltungsbehörde kann ihre Ermessenswägungen hinsichtlich des Verwaltungsaktes auch noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergänzen.

Het beleidsvrije handelen van het bestuur wordt in dit verband onderworpen aan een tamelijk indringende evenredigheidstoets (*Verhältnismäßigkeit*) die driedig is:⁶⁰

- a) Is de bestuurlijke maatregel geschikt om het beoogde doel te bereiken?
- b) Indien a), is de bestuurlijke maatregel noodzakelijk om het beoogde doel te bereiken?
- c) Indien a) en b), is de bestuurlijke maatregel evenredig in enge zin? Dat wil zeggen, brengt de maatregel onevenredige nadelen met zich voor een specifieke groep burgers?

In de Duitse juridische doctrine is een theorie ontwikkeld op grond waarvan de beleidsvrije ruimte van het bestuur zoveel mogelijk wordt ingeperkt (*Ermessensreduzierung aufs Null*). De reden hiervoor is gelegen in het mandaat van artikel 19.IV GG dat aan burgers het grondrecht geeft op effectieve rechtsbescherming (*Individualrechtsschutz*). Kort gezegd wordt een wettelijke bepaling die aan het bestuur een discretionaire bevoegdheid verschaft – meestal herkenbaar aan het gebruik van de termen *kann* en *darf* – door de rechter dusdanig ontleed dat deze het bestuursbesluit merendeels wel intensief toetst (m.n. betekenis en kwalificatie van wettelijke begrippen) en er slechts een klein onderdeel resteert – de puur politieke afweging – waar de rechter niet aan komt.⁶¹ Indien echter door een bestuursbesluit grondrechten in het gedrang raken dan wel indien het bestuur zelf zijn discretionaire vrijheid aan banden heeft gelegd door beleidsregels uit te vaardigen kan de rechter concluderen dat, hoewel de wettelijke bepaling duidt op beleidsvrijheid, er rechtens slechts één juist bestuursbesluit is. Alsdan is de bestuursbevoegdheid niet langer beleidsvrij maar gebonden.⁶²

⁶⁰ R.J.N. Schlössels, 'Bestuurlijke vrijheden en toetsing. Een rechtsvergelijkende en historische beschouwing over de intensiteit van administratieve rechtsbescherming in Nederland en Duitsland'. In: F.A.M. Stroink, A.W. Heringa en A.R. Neerhof (red.), *Vijf jaar JB en Awb*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 1999, p. 83. Deze driedelige evenredigheids- of proportionaliteitstoets wordt naar Duits voorbeeld toegepast door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen bij de controle op de implementatie door Lidstaten van EG-richtlijnen. Via het Europees recht sijpelt het 'Duitse' rechterlijk toetsingsmodel door in dat van de overige Lidstaten.

⁶¹ R.J.N. Schlössels, a.w., p. 87-90.

⁶² M.P. Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, Berlin [etc.]: Springer, 2001, p. 158.

De vraag óf en hoe het bestuur moet omgaan met onzekere milieurisico's, specifiek de afweging of onzekere milieubaten opwegen tegen economische kosten, beschouwt de rechter als een politieke afweging. Hierin zal de rechter zich niet mengen tenzij hij het bestuursbesluit om geen voorzorgsmaatregelen op te leggen apert onredelijk acht.

2.5.4

VORSORGEPRINZIPIEN ANDERE BEGINSELEN VAN BESTUURS- EN MILIEURECHT

Von Seht en Ott beschouwen het *Vorsorgeprinzip* als een overkoepelend beginsel van Duits milieurecht dat andere milieurechtelijke beginselen incorporeert, zoals de-vervuiler-betaalt, standstill (*Verschlechterungsverbot*), en bescherming-aan-de-bron.⁶³

In veel milieuwetten wordt het voorzorgsbeginsel uitgedrukt in de eis dat technologie moet voldoen aan de *Stand der Technik*. In concrete gevallen geeft de rechter een interpretatie van de *Stand der Technik* indien wetgeving en beleid deze niet nader normeren.⁶⁴ Het vereiste van *Stand der Technik* bevordert technologische innovatie en heeft van Duitsland een pionier gemaakt inzake de ontwikkeling van schone technologie. De toepassing van dit criterium wordt evenwel begrensd door het proportionaliteitsbeginsel op basis waarvan milieubaten moeten worden afgewogen tegen de economische kosten van milieubeschermdende maatregelen.⁶⁵

Struß benadrukt dat bij de toepassing van het *Vorsorgeprinzip* in concrete gevallen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een grote rol spelen, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. Welk beginsel in een concreet geval de doorslag geeft kan niet op voorhand worden gezegd. Het zorgvuldigheidsbeginsel ziet op het proces van informatievergaring op basis waarvan het bestuur kan beoordelen of er sprake is van een onzeker milieurisico waartegen de overheid maatregelen moet treffen. De toepassing van het proportionaliteitsbeginsel betekent in de praktijk meestal dat de overheid niet het hoogste beschermingsniveau moet bieden.⁶⁶

2.6

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

In artikel 20 a GG wordt een opdracht gelezen voor de Duitse overheid om maatregelen te treffen tegen zekere en onzekere milieurisico's. Het *Vorsorgeprinzip* ziet op beide typen risico's.

De opdracht van artikel 20a GG is verwerkt in vrijwel alle milieusectorwetten. Ten aanzien van onzekere milieurisico's gelden grofweg twee beschermingsregimes. Volgens het klassieke 3-staps beschermingsregime behoort voorzorg bij onzekere milieurisico's tot stap twee: geen absolute overheidsplicht tot het treffen van maatregelen maar beleidsvrijheid en geen derdenbescherming (*Drittschutz*). In het moderne 2-stapsbeschermingsregime, zoals vervat in de Kernenergiewet en de Wet op Gentechnologie, is er een lagere gevaardrempel en moet de overheid ook

⁶³ Verwijs voor toelichting op de genoemde beginselen naar Ch.W. Backes e.a., Codificatie van milieurechtelijke beginselen in de Wet milieubeheer, Den Haag: BJU, 2002.

⁶⁴ H. von Seht en H.E. Ott, a.w., p. 8.

⁶⁵ H. von Seht en H.E. Ott, a.w., p. 9.

⁶⁶ Antwoord J. Struß op vraag 8 van onze questionnaire, 19 oktober 2006.

beschermende maatregelen treffen tegen onzekere milieurisico's en wordt derdenbescherming erkend.

Het is tamelijk onwaarschijnlijk dat in geval van onzekere milieurisico's de voorgenomen activiteit niet wordt vergund, tenzij de wetgever dit uitdrukkelijk verbiedt zoals in de gewijzigde Kernenergiewet. Een gangbare middenweg is dat de activiteit wordt vergund onder specifieke voorwaarden zoals tijdelijkheid, de verplichting tot het beter in kaart brengen van eventuele risico's en het gebruik van milieuvriendelijker alternatieven. De toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel en proportionaliteitsbeginsel in de bestuurlijke besluitvorming, evenals in de rechterlijke controle daarop, tempert de mate waarin voorzorgsmaatregelen – zeker in het geval van onzekere milieurisico's – worden opgelegd aan de industrie. Ook in Duitsland wordt aan de onzekere milieubaten van niet ondernemen niet snel een groter gewicht toegekend dan aan de zekere economische kosten daarvan.⁶⁷

⁶⁷ N. de Sadeleer, a.w., p. 146.

HOOFDSTUK

3 Zweden

3.1

INLEIDING

Zweden voert, zo wordt vaak gesteld, een vooruitstrevende milieupolitiek in vergelijking met andere landen binnen Europa. Evenals Duitsland heeft Zweden er met succes voor geijverd dat het voorzorgsbeginsel internationale en Europeesrechtelijke erkenning kreeg. Het Zweedse milieurecht benadert de problematiek van onzekere milieurisico's vanuit het voorzorgsbeginsel dat is opgenomen in de algemene milieukaderwet van 1998, de *Miljöbalken*, in milieubeleidsplannen (nationaal, regionaal, lokaal) en sectorale milieuwet- en regelgeving. Vooraf wijzen wij erop dat het Zweedse voorzorgsbeginsel niet één vaste betekenis heeft maar afhankelijk van het type milieurisico op verschillende wijzen nader wordt geduid.⁶⁸

In de Nederlandse milieujuridische literatuur is Zweden aangehaald als gidsland inzake het betrachten van voorzorg bij onzekere risico's voor mens en milieu.⁶⁹ De betekenis van een wettelijke codificatie van het betrachten van voorzorg, in de vorm van een zorgplicht, moet echter ook niet worden overschat.⁷⁰ Dit hoofdstuk diept de betekenis van een wettelijke vastlegging van een voorzorgsbenadering nader uit, mede aan de hand van jurisprudentie en recente literatuur. In onze analyse onderzoeken wij de betekenis van het voorzorgsbeginsel zoals het is vormgegeven in de algemene milieukaderwet van 1998, de *Miljöbalken*, en de Zweedse milieu(beleids)regels ten aanzien van chemische stoffen.

3.2

OMGAAN MET ONZEKERE RISICO'S IN HET ZWEEDSE MILIEURECHT

3.2.1

OPMAAT IN VROEGE MILIEUWETGEVING

In het Zweedse milieurecht wordt reeds vele decennia een voorzorgsbenadering toegepast, zonder het voorzorgsbeginsel (*försiktighetsprincipen*) als zodanig te benoemen. Michanek noemt 1941 als het geboortjaar van de Zweedse voorzorgsbenadering, die aanvankelijk beperkt bleef tot de invoering van een vergunningensysteem voor lozingen van afvalwater waarvan vaststond dat

⁶⁸ A. Nilsson, 'The precautionary principle in Swedish chemicals law and policy', In: N. de Sadeleer (ed.), *Implementing the precautionary principle. Approaches from the Nordic countries, EU and USA*, London [etc.]: Earthscan, 2007, p. 295.

⁶⁹ C. Lambers, 'Het voorzorgsbeginsel. Vluchten kan niet meer', in: *Tijdschrift voor Milieu en Recht*, 2000, p. 176-181.

⁷⁰ Zie het ECWM onderzoek Buitenlandse inspiratie voor de Wet milieubeheer, ECWM 2003/178, p. 155.

aanzienlijke watervervuiling zou optreden.⁷¹ Een belangrijk keerpunt was de totstandkoming van de Milieubeschermingswet in 1969. Deze introduceerde een integrale preventieve aanpak van vele vormen van milieuvervuiling en milieuhinder, waarvan een vergunningensysteem de kern vormde. De Milieubeschermingswet van 1969 had betrekking op zogenaamde 'milieugevaarlijke activiteiten'. Met de term 'gevaarlijk' werd tot uitdrukking gebracht dat het *risico* van nog in te treden milieuschade reeds voldoende aanleiding vormde voor het treffen van milieubeschermende maatregelen.⁷² In de bijbehorende Memorie van Toelichting vermeldde de Minister voor Milieuzaken:⁷³

'It is in my opinion necessary that the authorities applying the legislation take into account the danger for the health interest and other public aspects that may be connected with *still unknown or insufficiently explored pollutants*. I consider it to be natural that the *uncertainty* related to the danger of a substance shall not strike against the public but instead on the person who emits the substance into the air or the water. This principle is of the greatest practical importance. It means that one does not have to wait to intervene until damages have occurred. It means also that a person who wants to discharge an insufficiently known substance, provided there is a *well-founded reason to assume* that the substance is dangerous, must be able to show that there is no risk for a detriment (cursiveringen, NN).'

In deze passage komt duidelijk tot uitdrukking:

- 1) de bevoegdheid van de overheid om maatregelen te treffen tegen onzekere milieurisico's, en
- 2) het uitgangspunt dat degene die een activiteit wil ondernemen waarvan de milieurisico's *onzeker* zijn moet aantonen dat er geen milieuschade zal optreden (omkering van de bewijslast).

De praktische uitvoering van deze uitgangspunten bleek echter verre van eenvoudig. Welke kennis over een onzeker risico zou er moeten zijn om over te gaan tot het treffen van beschermende maatregelen? ⁷⁴ Wanneer kon door de vervuiler geleverde bewijsvoering als voldoende worden beschouwd? Daarbij kwam dat in laatste instantie het milieubelang moest worden gewogen tegen andere belangen, voornamelijk economische. Michanek noemt in dit verband de kwestie Rönnskärrensverken, een zware metaalindustrie die rond 1975 ondanks ernstige vermoedens van aanzienlijke milieurisico's haar activiteiten niet hoefde te wijzigen omdat voorrang werd gegeven aan het belang van deze industrie voor handel en werkgelegenheid in het noorden van Zweden.⁷⁵

⁷¹ G. Michanek, 'Sweden', In: N. de Sadeleer (ed.), *Implementing the precautionary principle. Approaches from the Nordic countries, EU and USA*, London [etc.]: Earthscan, 2007, p. 121.

⁷² G. Michanek, a.w., p. 122.

⁷³ Engels citaat overgenomen van G. Michanek, a.w., p. 122.

⁷⁴ G. Michanek, a.w., p. 122: 'The risk had to be noteworthy'. Thus, there was an initial task for environmental authorities, neighbours or environmental organizations to deliver at least some scientific material indicating a noteworthy risk. After passing this threshold, the burden of proof shifted to the operator (polluter).'

⁷⁵ G. Michanek, a.w., p. 123.

Ter bestrijding van milieugevaarlijke stoffen werd het voorzogsregime van de Milieubeschermingswet van 1969 onvoldoende effectief bevonden. Dit voorzogsregime was gebaseerd op een vergunningenstelsel voor industriële inrichtingen, maar daarnaast was er behoefte aan regelgeving gericht tegen het in een zo vroeg stadium weren van specifieke chemische stoffen, in het bijzonder PCBs en DDT, van de Zweedse markt. Aldus kwam in 1973 de Wet op Gevaarlijke Producten voor Gezondheid en Milieu tot stand, die vooruitstrevend was in een aantal opzichten. Zo bevatte niet de wettekst zelf, maar wel de Memorie van Toelichting, de verplichting om in plaats van gevaarlijke chemische stoffen minder schadelijke alternatieven te gebruiken, het zogenaamde *substitutiebeginsel*. In 1985 werd deze wet vervangen door de Wet op Chemische Producten, die min of meer gelijkkluidend was aan zijn voorganger. Sinds 1990 komt het substitutiebeginsel in de wettekst zelf voor. In de Milieucodex van 1998 is het substitutiebeginsel neergelegd als algemeen richtsnoer voor alle activiteiten die schade (zouden) kunnen toebrengen aan het milieu.⁷⁶

3.2.2

DE MILJÖBALKEN VAN 1998

De Zweedse Milieucodex van 1998 - Miljöbalken – trad in werking op 1 januari 1999.⁷⁷ Hierin zijn 15 afzonderlijke milieuwetten samengevoegd en geharmoniseerd. Het is een omvangrijke wet bestaande uit zeven grote delen: algemene bepalingen, natuurbescherming, speciale bepalingen betreffende specifieke activiteiten (zoals milieugevaarlijke activiteiten en gezondheidsbescherming), milieubesluitvorming en rechtsbescherming, toezicht, sancties en schadevergoeding. Deze zeven delen zijn verder opgedeeld in 33 hoofdstukken en zo'n 500 wetsartikelen.

Duurzame ontwikkeling is de centrale doelstelling van de Miljöbalken (Art. 2:1).⁷⁸ Teneinde deze doelstelling te bereiken bevat de Miljöbalken een aantal bepalingen om milieurisico's in een vroeg stadium te onderkennen, te minimaliseren respectievelijk uit te sluiten. In Hoofdstuk 2 Miljöbalken zijn daartoe belangrijke uitgangspunten geformuleerd voor wetgever, bestuur en rechter. Hiertoe behoort de algemene verplichting om maatregelen te treffen tegen – zekere (preventie) alsook onzekere (voorzorg) – milieurisico's.

3.3

ONZEKERE MILIEURISICO'S EN VOORZORG IN DE ZWEEDSE MILJÖBALKEN

3.3.1

KERNBEPALING IN ARTIKEL 2:3 MILJÖBALKEN

Hoofdstuk 2 Miljöbalken voorziet in een voorzorgsbenadering bij zekere én onzekere milieurisico's. De in dit hoofdstuk neergelegde algemene uitgangspunten zijn richtinggevend voor overheid (wetgever, bestuur, rechter) én burger (i.h.b. de

⁷⁶ G. Michanek, a.w., p. 123-124.

⁷⁷ Miljöbalken (MB), SFS 1998: 808.

⁷⁸ G. Michanek, a.w., p. 125.

industrie). De onbepaaldheid van de doelgroep kan worden afgeleid uit de niet nader gedefinieerde term 'persons' in de wettelijke bepalingen.

Artikel 2:3 Miljöbalken vormt de kernbepaling van hoofdstuk 2:

Persons who pursue an activity or take a measure, or intend to do so, shall implement protective measures, comply with restrictions and take any other precautions that are necessary in order to prevent, hinder or combat damage or detriment to human health or the environment as a result of the activity or measure. For the same reason, the best possible technology shall be used in connection with professional activities.

Such precautions shall be taken as soon as there is cause to assume that an activity or measure may cause damage or detriment to human health or the environment.

De hierboven aangehaalde Engelse tekst is afkomstig van de officiële vertaling van de Zweedse Miljöbalken. Nilsson merkt hierover op dat de frase 'precautions that are necessary' beter als volgt vertaald had moeten worden: 'precautions required'. Volgens haar komt in laatstgenoemde vertaling ondubbelzinnig de Zweedse doelstelling tot uitdrukking dat het nemen van voorzorgsmaatregelen verplicht is. De zinsnede 'precautions that are necessary' kan ten onrechte restrictief worden geduid als: 'measures shall be taken *only to the extent* that they are necessary' (cursivering, NN).⁷⁹

3.3.2

DE REIKWIJDTE VAN ARTIKEL 2:3 MILJÖBALKEN

In de eerste plaats ziet artikel 2:3 Miljöbalken op zowel het preventiebeginsel (lid 1: *damage*) als het voorzorgsbeginsel (lid 2: *may cause damage*). Ten aanzien van onzekere milieurisico's is er een duidelijk verschil tussen het voorzorgsbeginsel van artikel 15 Rio Declaratie en artikel 2:3 Miljöbalken. Eerstgenoemd voorzorgsbeginsel ziet op het onzekere risico van *serieuze of onomkeerbare* milieuschade; het Zweedse voorzorgsbeginsel ziet op *iedere* (met inbegrip van onzekere) schade voor gezondheid en milieu. Tenslotte wordt in artikel 2:3 Miljöbalken reeds melding gemaakt van het substitutiebeginsel (te begrijpen als: *best possible technology*), dat in artikel 2:6 Miljöbalken nader is uitgewerkt voor milieugevaarlijke stoffen (*hazardous substances*).

3.3.3

KENNISVEREISTE EN BEWIJSLAST BIJ ONZEKERE MILIEURISICO'S

Artikel 2:2 luidt:

Persons who pursue an activity or take a measure, or intend to do so, must possess the knowledge that is necessary in view of the nature and scope of the activity or measure to protect human health and the environment against damage or detriment.

⁷⁹ A. Nilsson, a.w., p. 302.

Ingevolge artikel 2:2 Miljöbalken wordt degene die een bepaalde activiteit uitvoert verondersteld bekend te zijn met de (mogelijke) milieurisico's. Daaraan wordt een omkering van de bewijslast gekoppeld inhoudende dat degene die een milieubelastende activiteit uitvoert het bewijs moet leveren voor de (on)schadelijkheid ervan. Indien deze 'persoon' niet kan aantonen dat de betreffende activiteit geen schade *kan* toebrengen aan milieu en gezondheid, dan zal hij moeten aanvaarden dat hem het treffen van voorzorgsmaatregelen wordt opgelegd.

De algemene formule neergelegd in artikel 2:2 roept de nodige vragen op in de uitvoeringspraktijk. Zo geeft de Miljöbalken geen concrete maatstaven voor de bewijsvoering door degene die een bepaalde activiteit wil ondernemen. In het wetsvoorstel stelde de regering dat de verplichting van de ondernemer *redelijk* moet zijn en dat er *verschillende niveaus* van bewijsvoering bestaan voor het opleggen van voorzorgsmaatregelen afhankelijk van de voorgenomen activiteit. Er zijn geen algemene maatstaven op basis waarvan voor een bepaald type risico een specifieke bewijsstandaard geldt. Ook de rechtspraak heeft zich hierop nog niet toegelegd, hetgeen te betreuren valt in het licht van de rechtszekerheid.⁸⁰

3.3.4

SUBSTITUTIEBEGINSEL

Artikel 2:3 Miljöbalken gaat hand in hand met artikel 2:6 Miljöbalken, waarin specifiek voor het gebruik van chemische stoffen en genetisch gemodificeerde producten het substitutiebeginsel is neergelegd. Artikel 2:6 Miljöbalken verplicht de gebruikers en producenten van deze stoffen en producten om te zien naar minder riskante alternatieven waarmee gelijkwaardige resultaten kunnen worden geboekt.

Artikel 2:6 Miljöbalken:

Persons who pursue an activity or take a measure, or intend to do so, shall avoid using or selling chemicals products or biotechnical organisms that may involve risks to human health or the environment if products or organisms that are assumed to be less dangerous can be used instead. The same requirement shall apply to goods that contain or are treated with a chemical product or a biotechnical organism.

Het uitgangspunt van artikel 2:6 Miljöbalken is verder uitgewerkt in specifieke milieuwetgeving en –beleid waarin voor nader geduide gevaarlijke stoffen en genetisch gemodificeerde producten speciale voorzorgsregimes gelden. Deze bijzondere milieurechtelijke regimes worden besproken in paragraaf 3.5.2.

⁸⁰ G. Michanek, a.w., p. 122-123.

3.3.5

PROPORTIONALITEIT

De milieubeginselen van Hoofdstuk 2 Miljöbalken gelden voor álle activiteiten en maatregelen – zowel vergunningplichtige als niet-vergunningplichtige – die gevaar voor mens en milieu (kunnen) opleveren (art. 2:1 Miljöbalken), met dien verstande dat de toepassing ervan evenredig moet zijn aan het te bereiken doel. In dat verband moeten de kosten en baten van verschillende oplossingsmodellen worden gewogen (art. 2:7 Miljöbalken).⁸¹ Bij een dergelijke afweging gaat het met name om het tegen elkaar afwegen van milieubelangen en economische belangen, maar er kan ook sprake zijn van het tegen elkaar afwegen van verschillende milieubelangen. Conflicterende milieubelangen zijn niet ondenkbaar vanwege de ruime reikwijdte van de Miljöbalken, die naast milieuvervuiling bijvoorbeeld ook natuurbescherming omvat.⁸²

Verderop zien wij dat bij *onzekere risico's* deze proportionaliteitseis veelal een onneembare hindernis is voor het van overheidswege opleggen van voorzorgsmaatregelen aan de industrie. Dit is met name het geval indien de voorzorgsbenadering enkel is gebaseerd op de algemene milieubeginselen van Hoofdstuk 2 Miljöbalken zonder dat in bijzondere milieuwetten specifieke toepassingsvoorwaarden voor nader geduide risico's, stoffen en activiteiten zijn vastgelegd.

Een bijzonder aandachtspunt is de gewijzigde betekenis van het Zweedse voorzorgsbeginsel onder invloed van het Europees recht, te weten het EG-Verdrag van de Europese Unie en het EVRM van de Raad van Europa. Zweden trad tot beide Europese rechtsorden toe op 1 januari 1995.⁸³ Het officiële standpunt destijds was dat het proportionaliteitsbeginsel in het Zweedse recht reeds vele jaren werd erkend. Maar Groussot analyseert dat in Zweden het proportionaliteitsbeginsel vóór toetreding tot de EU en vóór inlijving van het EVRM nog betrekkelijk onopgemerkt bleef, ofschoon het vereiste van proportionaliteit in wetten en andere regelgeving wel werd genoemd. Het traditionele Zweedse proportionaliteitsconcept is echter geenszins vergelijkbaar met de driedelige Europese proportionaliteitstoets. Na 1995 zien we in de Zweedse rechtspraak, met name van de Hoogste Administratieve Rechter (*Supreme Administrative Court*), en de Zweedse wetgeving – zoals de Miljöbalken van 1998 – een opvallende toename van concrete verwijzingen naar proportionaliteit. Deze snelle toename getuigt er enerzijds van dat het proportionaliteitsbeginsel aan belang toeneemt en anderzijds dat er een grote behoefte bestaat aan een precisering van het beginsel voor specifieke juridische contexten.⁸⁴

⁸¹ J. Darpö, Current Survey: Sweden, 1999-08-30; zie ook ECWM onderzoek, a.w., p. 141-142.

⁸² G. Michanek, a.w., p. 127.

⁸³ X. Groussot, Proportionality in Sweden: The influence of European law, In: The Nordic Journal of International Law, 75, 2006, p. 452.

⁸⁴ X. Groussot, a.w., p. 471.

3.4

VOORZORGSMAATREGELEN BIJ ONZEKERE RISICO'S

De Miljöbalken schrijft niet voor welke voorzorgsmaatregelen moeten worden getroffen bij toepassing van artikel 2:3. Een grote diversiteit aan maatregelen komt hiervoor in aanmerking, zoals de afgifte van een milieuvergunning voor beperkte duur onder de voorwaarde dat nader onderzoek wordt verricht naar mogelijk schadelijke effecten en/of minder schadelijke alternatieven. De niet-naleving van deze vergunningvoorschriften kan worden gesanctioneerd op grond van Hoofdstuk 29 Miljöbalken.⁸⁵

In het uiterste geval, indien een activiteit of maatregel aanzienlijke risico's inhoudt voor gezondheid of milieu, zelfs met toepassing van beschermende maatregelen en voorzorg in de zin van de Miljöbalken, kan deze worden verboden. Dit is neergelegd in de artikelen 2:9 (2) en 2:10 (1) Miljöbalken, de zogenaamde stop-bepalingen.

Artikel 2:9 (2) Miljöbalken

An activity must not be undertaken if it is liable to lead to a significant deterioration in the living conditions of a large number of people or substantial detriment to the environment.⁸⁶

Artikel 2:10 (1) Miljöbalken

If an activity or measure is of particular importance for reasons of public interest, the Government may permit it even if the circumstances mentioned in section 9, second paragraph. Nevertheless, this shall not apply if the activity or measure is likely to be detrimental to public health.

Deze bepalingen worden slechts bij hoge uitzondering toegepast.⁸⁷ Zij kunnen met name terzijde worden gezet indien de regering om zwaarwegende redenen van publiek belang een positief principebesluit neemt op grond van Hoofdstuk 17 Miljöbalken. Dit is echter niet toegestaan indien de voorgenomen activiteit of maatregel schade zou kunnen toebrengen aan de volksgezondheid. In het licht van artikel 2 (recht op leven) en artikel 8 (recht op privacy) EVRM, vragen wij ons af of de beklemtoning van *large numbers of people* en *public health* in respectievelijk artikelen 2:9 en 2:10 Miljöbalken geen strijd oplevert met door het Verdrag beschermde individuele rechten. Waarom zou de macht van het getal doorslaggevend moeten zijn indien er sprake is van een aanzienlijk gezondheidsrisico?

⁸⁵ G. Michanek, a.w., p. 125-126.

⁸⁶ Artikel 2:9 (3): The provisions of the first and second paragraph shall not be applicable where the Government permits the activity pursuant to chapter 17, section 1, 3 or 4.

⁸⁷ G. Michanek, a.w., p. 126.

3.5 ONZEKERE MILIEURISICO'S EN VOORZORG IN SECTORALE MILIEUWETGEVING EN - BELEID

3.5.1 INLEIDING

In Zweden wordt, evenals in de andere Lidstaten van de Europese Unie, de milieuwetgeving grotendeels genormeerd door het Europees milieurecht. Desalniettemin reiken de Zweedse milieuambities in diverse opzichten verder dan wat de Europese Unie aan de Lidstaten oplegt. Dit komt met name tot uitdrukking in de Zweedse voorzorgsbenadering met betrekking tot de invoer, productie, verwerking én substitutie van chemische stoffen.

The Swedish Environmental Objectives- Interim Targets and Action Strategies (2000) bevat per milieusector de beleidsdoelstellingen voor de middellange en lange termijn.⁸⁸ Voor chemische stoffen wordt de centrale doelstelling van een Niet-Toxisch Milieu in 2020 alom – in Zweden en daarbuiten – beschouwd als vooruitstrevend en ambitieus.⁸⁹ Hiervoor is een gefaseerd uitvoeringsplan uitgestippeld. Hieronder geven wij een korte toelichting.

3.5.2 CHEMISCHE STOFFEN

De wetgeving en het beleid betreffende chemische stoffen vormen een specifieke uitwerking van de Zweedse notie van duurzame ontwikkeling (art. 2:1 Miljöbalken). Hoofdstuk 2 Miljöbalken (algemene beginselen) en Hoofdstuk 14 Miljöbalken (gevaarlijke stoffen en genetisch gemodificeerde producten) vormen het wettelijk kader voor nadere regelgeving, zoals de *Chemical Products Act*.⁹⁰ De centrale beleidsdoelstelling is dat het gebruik van (mogelijk) schadelijke stoffen voor gezondheid en milieu zoveel mogelijk moet worden tegengegaan, onder meer door het fasegewijs uitbannen van specifieke stoffen en het opleggen van een substitutieplicht. Voor de concrete uitvoering hiervan wordt gebruik gemaakt van het vergunningenstelsel van de Miljöbalken.⁹¹

Erkend wordt dat de huidige wetenschappelijke kennis over specifieke eigenschappen en risico's van talloze chemische stoffen beperkt is, zeker met betrekking tot de lange termijn effecten van (combinaties van) chemische stoffen. Deze gebrekkige kennis mag volgens de Zweedse overheid geen vrijbrief vormen voor het op de markt brengen – of houden – van chemische stoffen die (in de verre toekomst) schade zouden kunnen toebrengen aan mens en milieu. In de Zweedse

⁸⁸ The Swedish Environmental Objectives. Interim Targets and Action Strategies. Government Bill 2000/01:130.

⁸⁹ Chapter 6, 'A Non-Toxic Environment': a) The concentrations of substances that naturally occur in the environment are close to the background concentrations, b) The levels of foreign substances in the environment are close to zero, c) Overall exposure in the work environment, the external environment and the indoor environment to particularly dangerous substances is close to zero and, as regards other chemical substances, to levels that are not harmful to human health, d) Polluted areas have been investigated and cleaned up when necessary.

⁹⁰ On http://www.kemi.se/upload/Forfattningar/docs_eng/F98_944.pdf.

⁹¹ A. Nilsson, a.w., p. 296-297.

benadering speelt het voorzorgsbeginsel een fundamentele rol. Een citaat uit *The Swedish Environmental Objectives- Interim Targets and Action Strategies*:⁹²

'The precautionary principle is already an essential element of chemicals policy. This fundamental principle must be given a more significant role in future. Chemicals policy must be based on a greater readiness among authorities and enterprises *to act as soon as they suspect a risk of damage* (cursivering, NN).'

Uitbreiding van de kennis over milieurisico's van chemische stoffen en de mogelijkheden van milieuvriendelijker substituties vormt een speerpunt van het Zweedse milieubeleid. De producenten en importeurs van chemische stoffen zijn in de eerste plaats verantwoordelijk voor de realisering hiervan.⁹³

De Zweedse overheid erkent dat de ruimte voor een ambitieuze voorzorgsaanpak wordt beperkt door het Europees recht, waaronder de algemene restrictie dat een strengere Zweedse aanpak niet mag leiden tot een verstoring van de gemeenschappelijke Europese markt (art. 28 en 30 EG-Verdrag).⁹⁴ Dit vormt overigens voor Zweden een belangrijke aansporing om juist op Europees niveau te lobbyen voor een meer prominente voorzorgsbenadering.

Inmiddels is een specifieke lidstatelijke stoffenbenadering, zoals in Zweden, ingehaald door de op 1 juni 2007 in werkinggetreden verordening inzake de chemische stoffenwetgeving, ofwel REACH.⁹⁵ De meeste onderdelen van REACH zullen vanaf 1 juni 2008 van toepassing worden.

3.5.3

RISICO- OF ANGSTDENKEN?

Ondanks het inwerkingtreden van de Reach-verordening is het niettemin interessant de controverses omtrent Zweedse voorzorgsbenadering zoals die terzake stoffen is gevoerd, nader te belichten. Het op zich vergaande Zweedse voorzorgsbeleid met betrekking tot chemische stoffen is namelijk niet onomstreden. Zeer kritisch is Robert Nilsson: hij stelt dat irrationeel angstdenken, gevoed door milieuextremisten die handig de media bespelen, de plaats heeft

⁹² The Swedish Environmental Quality Objectives, a.w., p. 26.

⁹³ The Swedish Environmental Quality Objectives, a.w., p. 26; A. Nilsson, a.w., p. 305 wijst in dit verband op Hoofdstuk 2 EC waarin omkering van de bewijslast als milieurechtelijk beginsel is opgenomen.

⁹⁴ Op grond van artikel 30 EG-Verdrag kunnen verdergaande nationale restricties gerechtvaardigd zijn uit hoofde van onder meer de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten *mits* ze geen middel tot willekeurige discriminatie of een verkapt beperking van de handel tussen lidstaten vormen.

⁹⁵ Verordening (EG) Nr. 1907/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2006 inzake de registratie en beoordeling van en de autorisatie en beperkingen ten aanzien van chemische stoffen (REACH), tot oprichting van een Europees Agentschap voor chemische stoffen, houdende wijziging van Richtlijn 1999/45/EG en houdende intrekking van Verordening (EEG) Nr. 793/93 van de Raad en Verordening (EG) Nr. 1488/94 van de Commissie alsmede Richtlijn 76/769/EEG van de Raad en de Richtlijnen 91/155/EEG, 93/67/EEG, 93/105/EG en 2000/21/EG van de Commissie, PB L 396, 30 december 2006. Inmiddels is in Publikatieblad L 136 van 29 mei 2007 een gecorrigeerde versie van de Verordening gepubliceerd.

ingenomen van wetenschappelijke risicoanalyses.⁹⁶ De doelstelling van een Niet-Toxisch Milieu in 2020 betitelt hij als 'chemophobia'. Hij maakt een onderscheid tussen 'justifiable precautionary action', gebaseerd op wetenschappelijk onderzoek en een zorgvuldige kosten-baten analyse, en 'unjustified precautionary action' waarvan hij de Zweedse milieubeleidsmakers beticht. Hij onderbouwt zijn stelling met diverse voorbeelden.

Zo noemt hij de lijst van potentieel schadelijke chemicaliën, *OBS-listan*, die is opgesteld door de *Swedish Chemicals Agency* (KEMI). Deze lijst bevat onmiskenbaar gevaarlijke stoffen, zoals benzeen, maar ook vrij onschuldige, zoals zink dat slechts schadelijk is in (extreem) grote hoeveelheden. De toelichting bij de *OBS-listan* instrueert de gebruikers van deze stoffen om vooraf een risico-analyse te maken van de gewenste toepassing. Maar voor veel gebruikers is het maken van een dergelijke analyse ondoenlijk. Dit betekent dat in de praktijk een vermelding op de OBS-listan min of meer automatisch impliceert dat potentiële gebruikers van deze chemische stof zonder het doen van nader onderzoek uitwijken naar zogenaamde milieuvriendelijke alternatieven die het KEMI van een groen label heeft voorzien. Volgens Nilsson is echter de kwaliteit van vervangende stoffen vaak inferieur.

Nilsson wijst ook op het Zweedse verbod op muggenwerende middelen op grond van nog ongefundeerde claims dat ze schadelijk zouden zijn voor de mens. De alternatieven – substitutiebeginsel! – die daarvoor in de plaats kwamen waren echter lang niet zo effectief. Tenslotte bespreekt hij het totaalverbod op trichloroethylene in 1996. Op grond van studies naar knaagdieren – 'scandalously meagre documentary support' volgens Nilsson – was het vermoeden gerezen dat het kankerverwekkend zou zijn. Met betrekking tot trichloroethylene was destijds geen Europese regelgeving uitgevaardigd. Volgens het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen doorstond het Zweedse totaalverbod de toetsing aan artikelen 28 en 30 EG-Verdrag. Overigens erkent Nilsson dat latere studies meer bewijzen opleverden voor de schade die trichloroethylene toebrengt aan de gezondheid van mens en dier.⁹⁷

Wat is wijsheid in situaties van wetenschappelijke onzekerheid over mogelijke schade aan mens en milieu? Gaat Zweden inderdaad te angstvallig om met onzekere milieurisico's? Op welke wijze geven bestuur en rechter in concrete casus invulling aan de Zweedse voorzorgspolitiek? Welke andere beginselen zijn van belang in hun besluitvorming naast het voorzorgsbeginsel?

⁹⁶ Zie bijvoorbeeld R. Nilsson, *Misguided precaution – Chemicals control and the precautionary principle in Sweden*. In: *Perilous precautions: the folly of disregarding science*, The European Science and Environmental Forum, Cambridge, June 2002, p. 6-25.

⁹⁷ In dit artikel richt R. Nilsson zijn pijlen op de toenmalige (2002) rood-groene regering. Na de algemene verkiezingen van 17 september 2006 kwam een centrum-rechts regeringscoalitie tot stand. Hierin werken vier voormalige oppositiepartijen samen onder de naam Alliance for Sweden (bron: Wikipedia). Het is niet uitgesloten dat de nieuwe regering een andere milieupolitiek voorstaat waar Nilsson zich beter in kan vinden.

3.6 MILIEUBESTUUR EN ONZEKERE MILIEURISICO'S

3.6.1 INLEIDING

Hieronder bespreken wij een aantal kenmerken van de organisatie en procedure voor de afgifte van milieuvergunningen. Het Zweedse milieurecht kent verschillende typen milieuvergunningen die worden verleend door verschillende overheidsinstanties, afhankelijk van de omvang van de industriële installatie en de verwachte milieurisico's. Opmerkelijk is de dubbele rol van de milieurechtbank, die is zowel verlener van milieuvergunningen als rechter in milieugeschillen, zij het dat de milieurechtbank niet bevoegd is te oordelen over geschillen met betrekking tot het type milieuvergunningen die de milieurechtbank zelf verleent.

In paragraaf 3.6.2 geven wij een beknopte schets van de verschillende typen milieuvergunningen en de bijbehorende vergunningverlenende instanties, met speciale aandacht voor de dubbele rol van de milieurechtbank. In paragraaf 3.6.3 bespreken wij kort enkele belangrijke stadia in de procedure van vergunningverlening en de inhoudelijke criteria die ten grondslag liggen aan de bestuurlijke besluitvorming. De vraag op welke wijze het bestuur omgaat met onzekere milieurisico's staat hierbij centraal. Het bestuurlijk toezicht valt buiten het bestek van deze beschrijving.

3.6.2 DE MILIEURECHTBANK ALS VERGUNNINGVERLENER

Deel 4 van de Zweedse Miljöbalken, omvattende de hoofdstukken 16 tot en met 25, heeft betrekking op zowel milieubestuur als milieurechtspraak. In artikel 16:1 worden de regering, districtsbesturen (*county administrative boards*), andere bestuursorganen (*other administrative authorities*, vergelijkbaar met zbo's), gemeenten (*municipalities*), milieurechtbanken (*environmental courts*), het Milieugerechtshof (*Superior Environmental Court*) en de Hoge Raad (*Supreme Court*) aangewezen als instanties waaraan de beraadslaging inzake kwesties van milieurecht is opgedragen. Kort gezegd zijn de gemeenten en districtsbesturen belast met de afgifte van vergunningen voor middel- tot laag-risico inrichtingen. Aan de milieurechtbank en de regering is de verlening voor hoog-risico en zeer-risicovolle inrichtingen opgedragen.

Met de inwerkingtreding van de EC Miljöbalken zijn in 1999 vijf regionale milieurechtbanken⁹⁸ ingesteld die enerzijds bestuurlijke taken (lees: verlening van milieuvergunningen) hebben overgenomen van de Nationale Vergunningen Autoriteit voor Milieubescherming (*National Licensing Board for Environmental Protection*, hierna afgekort NLB) en anderzijds milieurechter zijn in beroepszaken tegen milieubesluiten van het districtsbestuur.⁹⁹ Het Milieugerechtshof en de Hoge

⁹⁸ De milieurechtbanken maken deel uit van de gewone rechtspraak, omvattende civiel recht en strafrecht. Daarnaast is er administratieve rechtspraak.

⁹⁹ E. Bohne, *The quest of environmental regulatory integration in the European Union. Integrated pollution prevention control, environmental impact assessment and major accident prevention*. Kluwer Law International, 2006, Chapter 13: Sweden, p. 387, 392. De milieurechtbanken zijn onder meer

Raad houden zich uitsluitend bezig met de beslechting van milieugeschillen. De regionale milieurechtbanken zijn ondergebracht bij speciaal daartoe aangewezen gewone rechtbanken (art. 20:1 Miljöbalken). Hun samenstelling is als volgt: één rechter (tevens president van de milieurechtbank), één milieu-adviseur en twee experts. Eén expert vertegenwoordigt de Zweedse Milieubeschermingsautoriteit (*Swedish Environmental Protection Agency, SEPA*) en één expert vertegenwoordigt op aanwijzing van de president van de milieurechtbank hetzij de industrie hetzij het lokaal bestuur (art. 16:4 Miljöbalken). De lokale overheid en het Zweedse milieuministerie worden in de procedure betrokken door advies uit te brengen aan de rechtbank.¹⁰⁰

Een opvallend kenmerk van het Zweedse milieurecht is dus dat aan bestuur én rechter de verlening van milieuvergunningen en verwante bestuurstaken, zoals de vaststelling van schadevergoeding voor milieuschade, is opgedragen. In de hiernavolgende analyse gaan wij nader in op het type milieuvergunningen dat wordt verleend door de milieurechtbanken. Artikel 21:1 Miljöbalken geeft hiervan een opsomming, het betreft in de eerste plaats vergunningen voor IPPC-inrichtingen en waterwerken. De Regeringsverordening inzake Milieugevaarlijke activiteiten en Bescherming van de Volksgezondheid (*Cabinet Order on Environmentally Hazardous Activities and Public Health Protection*) van 1998¹⁰¹ maakt een onderscheid tussen hoog-risico inrichtingen (Klasse A) en middel-risico inrichtingen (Klasse B). De milieurechtbank is de vergunningverlenende instantie voor Klasse A inrichtingen; het districtsbestuur is de vergunningverlenende instantie voor Klasse B inrichtingen. Hoofdstuk 11 Miljöbalken en de Wet inhoudende Speciale Bepalingen betreffende waterwerken (*Act Containing Special Provisions concerning Water Operations*) van 1998 specificeren voor welk type waterwerken de milieurechtbanken zijn aangewezen als vergunningverlenende instantie. De beslissing van de milieurechtbank tot (al dan niet) afgifte van een milieuvergunning is een rechterlijke uitspraak (*judgment*, art. 22:21 Miljöbalken) waartegen beroep openstaat bij het Milieugerechtshof. De beslissing van het districtsbestuur tot (al dan niet) afgifte van een milieuvergunning is een besluit (*decision*, art. 19:1 Miljöbalken) waartegen beroep kan worden ingesteld bij de milieurechtbank.

De milieuvergunning voor zeer risicovolle inrichtingen in de zin van artikel 17:1 Miljöbalken – hier worden bijvoorbeeld genoemd metaalindustrie, houtverwerkende industrie, cementfabriek, kernreactor, oliaffinaderij – komt door regering, de gemeenteraad van het betreffende gebied en de milieurechtbank gezamenlijk tot stand. Op grond van artikel 17:1 Miljöbalken neemt de regering, na

competent in geschillen waarover vóór 1999 de toenmalige waterrechtbanken (*water courts*), eveneens ondergebracht bij de gewone rechtbanken, bevoegd waren uitspraak te doen.

¹⁰⁰ Scottish Executive (International Team, Sustainable Development Directorate), *Environmental courts – experience in other countries*, webpublication 2005,

<http://www.scotland.gov.uk/Topics/SustainableDevelopment/envcourts> (bezoekt in november 2006);

E. Nyström, Swedish experience of integrated permit procedures, paper to the conference 'The Sevilla process. A driver for environmental performance in industry', Stuttgart, 6 en 7 april 2000.

¹⁰¹ E. Bohne, a.w., p. 390.

instemming van de gemeenteraad¹⁰² en advies uitgebracht door de milieurechtbank, eerst een principebesluit over de toelaatbaarheid van nieuwe activiteiten en inrichtingen. Dit principebesluit is bindend voor de milieurechtbank. Na de afgifte van een positief principebesluit draagt de milieurechtbank verder zorg voor de invulling van vergunningvoorwaarden.¹⁰³ Voor een Nederlands jurist is het vreemd dat milieurechtbanken bemoeienis hebben met de verlening van milieuvergunningen. Bohne merkt hierover op dat de Zweedse Grondwet er niet aan in de weg staat dat rechtbanken bestuurstaken vervullen. Artikel 1:9 van de Wet op het Overheidsinstrumentarium (*Instrument of Government Act*) geeft hiervoor een nadere regeling.¹⁰⁴ Vergunningverlening door rechtbanken is in Zweden niet ongebruikelijk. Zo waren de voorlopers van de huidige milieurechtbanken, de waterrechtbanken, reeds belast met de afgifte van watervergunningen. Desalniettemin is het ook voor Zweedse milieujuristen controversieel dat in 1999 de verlening van milieuvergunningen is overgeheveld van de NLB naar de nieuwe milieurechtbanken, temeer omdat de NLB naar tevredenheid functioneerde. In de Zweedse milieujuridische literatuur gist men naar de redenen voor deze overdracht. Er wordt met name gesuggereerd dat bij de totstandkoming van de Miljöbalken een politiek compromis is gesloten waarbij in ruil voor het opgaan van de Waterwet (*Water Act*) in de Miljöbalken de waterrechtbanken model zouden staan voor de nieuwe milieurechtbanken.¹⁰⁵

3.6.3

PROCEDURE EN INHOUDELIJKE BEOORDELING

Ook in deze paragraaf staan de milieuvergunningen voor hoog-risico tot zeer-risicovolle inrichtingen centraal, derhalve bespreken wij de procedure bij de milieurechtbank. Voor de bouw en werking van deze inrichtingen zijn een plan- en bouwvergunning vereist op grond van de Planning and Building Act van 1987 én een milieuvergunning op grond van de Miljöbalken. Laatstgenoemde is één geïntegreerde milieuvergunning voor alle milieumedia en -sectoren.

De procedure van vergunningverlening, zoals uitgewerkt in Hoofdstuk 22 Miljöbalken, is quasi-rechterlijk.¹⁰⁶ Voor de inrichtingen vermeld in art. 6:1 Miljöbalken – bijvoorbeeld voor milieugevaarlijke en gezondheidsbedreigende productieprocessen – moet de industrie een milieu-effectrapportage opstellen die onderdeel uitmaakt van de vergunningaanvraag (art. 22:1 (2) Miljöbalken). In de vergunningaanvraag moet de industrie concreet aangeven op welke wijze uitvoering wordt gegeven aan de algemene beginselen van Hoofdstuk 2 Miljöbalken, zoals het voorzorgsbeginsel (art. 22:1 (3-5) Miljöbalken). De milieurechtbank maakt de vergunningaanvraag publiekelijk bekend in lokale dagbladen (art. 3 Miljöbalken). Van de vergunningaanvraag ontvangen in ieder geval de SEPA en het bestuur van de betrokken gemeente een kopie (art. 22:4 Miljöbalken). Tijdens de vergunningprocedure behartigen SEPA en het gemeentebestuur respectievelijk het algemeen milieubelang en lokale belangen

¹⁰² Uit artikel 17:6 EC volgt dat de gemeentelijke goedkeuring niet is vereist voor werken van bijzonder nationaal belang.

¹⁰³ E. Bohne, a.w., p. 394.

¹⁰⁴ E. Bohne, a.w., p. 392.

¹⁰⁵ E. Bohne, a.w., p. 393.

¹⁰⁶ Nota bene, ook bij de NLB vóór 1999 had deze procedure een quasi-rechterlijk karakter.

(art. 22:6 Miljöbalken). Tijdens het vooronderzoek kan de milieurechtbank gelasten tot een deskundigenonderzoek (art. 22:12 Miljöbalken), een onderzoek ter plekke (art. 22:13 Miljöbalken) en hoorzittingen om het publiek in de gelegenheid te stellen zienswijzen naar voren te brengen (art. 6:11 Miljöbalken).

Na afronding van het vooronderzoek bepaalt de president van de milieurechtbank plaats en tijdstip van de zitting (art. 6:16 Miljöbalken). Binnen twee maanden na de zitting doet de milieurechtbank uitspraak (art. 6:21 Miljöbalken). De uitspraak tot afgifte van de gevraagde milieuvergunning bevat bepalingen met betrekking tot (onder meer) geldigheidsduur; doel, omvang en technisch design van de activiteit; toezichtsregime; aansprakelijkheid voor milieuschade en maatregelen voor schadepreventie; andere noodzakelijke voorwaarden ter voorkoming en mitigatie van milieuschade; financiële zekerheidsstelling (art. 16:2-3 jo. 22:25 Miljöbalken).

Voor de inhoudelijke beoordeling van de vergunningaanvraag zijn van belang het specifiek van toepassing zijnde wettelijk regime én de algemene bepalingen van Hoofdstuk 2 Miljöbalken, waaronder het voorzorgsbeginsel. Artikel 22:27 Miljöbalken ziet speciaal op de situatie dat de milieurechtbank een milieuvergunning verleent voor een activiteit waarvan het onzeker is of, en zo ja, welke en in welke mate milieuschade zal optreden. In die situatie kan de milieurechter bepalen dat kwesties als schadevergoeding en andere vergunningvoorwaarden pas definitief worden vastgesteld nadat er meer informatie beschikbaar is over de effecten van de voorgenen activiteit. De producent moet de hiervoor noodzakelijke informatie verschaffen (art. 2:2 Miljöbalken).

3.7

MILIEURECHTSPRAAK EN ONZEKERE MILIEURISICO'S

3.7.1

ORGANISATIE VAN DE MILIEURECHTSPRAAK

De vijf regionale milieurechtbanken – die zijn ondergebracht bij speciaal daartoe aangewezen gewone rechtbanken – oordelen in eerste aanleg in beroepszaken tegen milieubesluiten van het districtsbestuur, zoals de toekenning van een milieuvergunning, de afwijzing van een vergunningaanvraag, de oplegging van een bestuurlijke boete en de vaststelling van schadevergoeding. In milieustrafzaken is niet de milieurechtbank bevoegd maar de gewone rechtbank.

Tegen de uitspraak van de milieurechtbank kan hoger beroep worden ingesteld bij het Milieugerechtshof in Stockholm, dat een bijzonder onderdeel vormt van het hoofdstedelijke gewone gerechtshof. Het Milieugerechtshof is rechter in eerste aanleg in beroepszaken tegen primaire milieubeslissingen van de milieurechtbanken. Voor toegang tot het Milieugerechtshof moet verlof worden gevraagd bij de milieurechtbank (art. 23:1 Miljöbalken). In laatste instantie beslist de Hoge Raad. Ook voor de toegang tot de Hoge Raad geldt een verlofstelsel.

In het Zweedse milieurecht is de kring van belanghebbenden voor het instellen van beroep bij de rechter ruim. Naast burgers met een direct persoonlijk of zakelijk belang bij een milieubesluit worden werknemersorganisaties (op lokaal en nationaal niveau) die actief zijn binnen de sector waarvoor het milieubesluit geldt en lokale autoriteiten als belanghebbenden aangemerkt (art. 16:12 Miljöbalken). Ook milieuorganisaties kunnen beroep instellen (art. 16:13 Miljöbalken).

3.7.2

'LANDMARK JUDGMENTS' BETREFFENDE ONZEKERE MILIEURISICO'S

Gegeven de codificatie van het voorzorgsbeginsel in artikel 2:3 Miljöbalken zou men verwachten dat de milieurechter in geschillen betreffende (onzekere) milieurisico's daar expliciet naar verwijst en het beginsel verder preciseert voor de bestuurspraktijk. Merkwaardigerwijs is dit niet het geval, zo concludeert Michanek op basis van een uitvoerige jurisprudentieanalyse.¹⁰⁷

Tot medio 2006 zijn aan de Zweedse Hoge Raad slechts weinig geschillen met betrekking tot de uitleg en toepassing van de Miljöbalken voorgelegd. In geen van deze uitspraken refereerde de Hoge Raad aan het voorzorgsbeginsel.¹⁰⁸

Het Milieugerechtshof, waarvan de beslissingen richtinggevend zijn zolang de Hoge Raad over de materie zwijgt, heeft slechts sporadisch gewezen op het voorzorgsbeginsel. In die geschillen ging het om milieuvergunningen voor grote inrichtingen, zoals de papierverwerkende en chemische industrie, die honderden verschillende chemicaliën gebruiken in het productieproces.¹⁰⁹ In al deze gevallen verwierp de rechter het argument van de industrie dat *uitsluitend* de producent en importeur verantwoordelijk zijn voor het verschaffen van informatie over chemische producten. Volgens de rechter ziet het algemeen kennisvereiste van artikel 2:2 Miljöbalken op *alle activiteiten* die mogelijk risico's met zich meebrengen voor gezondheid en milieu. De Zweedse overheid had in de milieuvergunningen voor deze industrieën als voorwaarde opgenomen dat nader onderzoek moest worden verricht naar de risico's van het gebruik van chemicaliën in deze inrichtingen, in overleg met het toezichthoudend gezag, teneinde milieugevaarlijke chemicaliën te vervangen door minder gevaarlijke. Aan deze verplichting was de sanctie verbonden dat met ingang van 2006 het gebruik van alle chemicaliën waarvan de milieurisico's nog onvoldoende zouden bekend zijn zou moeten worden gestopt. Deze vergunningsvoorwaarde was gebaseerd op het substitutiebeginsel, het kennisbeginsel en het voorzorgsbeginsel van Hoofdstuk 2 Miljöbalken. In deze opzet werkt dus de (resterende) onzekerheid – los van gedane inspanningen om nadere informatie te vergaren – in het nadeel van de gebruiker. Alsdan geldt een chemisch product als milieugevaarlijk en is het verboden.¹¹⁰

In een van deze zaken casseerde de industrie. In de uitspraak van 19 mei 2006 maakte de Hoge Raad korte metten met deze sanctie vanwege strijd met het rechtszekerheidsbeginsel: de industrie kon niet voorzien wanneer al dan niet zou zijn voldaan aan het kennisvereiste. De Hoge Raad noemde het voorzorgsbeginsel in deze uitspraak niet.

¹⁰⁷ G. Michanek, a.w., p. 127.

¹⁰⁸ G. Michanek, a.w., p. 127. Uit zijn analyse kan helaas niet worden afgeleid of 1) partijen wel wezen op artikel 2:3 Miljöbalken en dat dit is genegeerd door de SC, dan wel 2) noch partijen noch SC hebben gewezen op artikel 2:3 Miljöbalken.

¹⁰⁹ G. Michanek, a.w., p. 128.

¹¹⁰ G. Michanek, a.w., p. 128.

Michanek stelt vast dat tussen het voorzorgsbeginsel enerzijds en het legaliteits- en rechtszekerheidsbeginsel anderzijds een fundamenteel conflict bestaat.¹¹¹ Het voorzorgsbeginsel wettigt dat aan de industrie voorzorgsmaatregelen (waaronder, expliciet of impliciet, een verbod) kunnen worden opgelegd óók indien het ontstaan van milieuschade nog *onzeker* is. Het is dan aan de industrie om het bewijs voor de onschadelijkheid van deze activiteit te leveren. Op grond van legaliteit en rechtszekerheid, daarentegen, mogen voorzorgsmaatregelen slechts dan worden gelast indien de vergunningverlenende autoriteit over (haast) volledig bewijs beschikt dat een bepaalde activiteit milieuschade *zal* veroorzaken.

Samenvattend laat de milieujurisprudentie tot dusver zien dat voor de Zweedse Hoge Raad legaliteit en rechtszekerheid zwaarder wegen dan het voorzorgsbeginsel, hetgeen ten gunste werkt voor het kunnen doorgaan van een industriële activiteit. Wellicht, zo suggereert Michanek, is hieraan mede debet dat milieurecht geen verplicht vak vormt binnen het juridische curriculum. Bijgevolg is het milieurechtelijke voorzorgsbeginsel relatief onbekend. De beginselen van legaliteit en rechtszekerheid staan daarentegen centraal in alle juridische disciplines.¹¹²

3.8

CONCLUSIES

De waarde van codificatie van een voorzorgsbenadering in de Zweedse milieuwetgeving moet, op gelet op de huidige rechtsontwikkeling, niet worden overschat. Ondanks dat in Zweden sedert 1969 het voorzorgsbeginsel in algemene en bijzondere milieuwetten is neergelegd, vertoont de milieurechtspraak nauwelijks tekenen van toepassing van dit beginsel.

Michanek relateert de betekenis van het voorzorgsbeginsel van artikel 2:3 Miljöbalken door te wijzen op drie fundamentele onderdelen van het Zweedse milieurecht:¹¹³

- evenredigheidstoets
- rechtszekerheid en legaliteit
- conflicterende milieubelangen

In dezelfde lijn stelt Darpö dat 'if there is well-grounded reason to believe that damage/negative impact etcetera can occur from an activity, this will be enough to base a demand for preventative measures to be taken. However, the public law demand for precision or proportionality can produce hinders. In this situation, you can note a tendency from the courts to quash the order if the authority cannot prove that the demanded measures were precise enough or motivated from an identified, quite concrete risk'.¹¹⁴

Dit betekent dat ook in Zweden de invloed van het voorzorgsbeginsel op de milieubesluitvorming sterk in het licht staat van het proportionaliteitsbeginsel. Er

¹¹¹ Dit conflict is ook weerspiegeld in de milieujurisprudentie van buurlanden Denemarken en Finland (G. Michanek, a.w., p. 131).

¹¹² G. Michanek, a.w., p. 128, 130-131.

¹¹³ G. Michanek, a.w., p. 129.

¹¹⁴ Antwoord Jan Darpö op vraag 6 van de vragenlijst.

zal telkens een kosten-baten analyse plaatsvinden van voorzorgsmaatregelen versus andere, veelal economische, belangen. Indien er sprake is van een *onzeker* of *ver in de toekomst gelegen* milieurisico neigt de (milieu)rechter ertoe om *uit voorzorg* getroffen milieubescherpende maatregelen te vernietigen omdat er geen aantoonbaar en concreet milieurisico aan ten grondslag ligt.¹¹⁵

Dit ligt evenwel anders indien de wetgever, aldus uitvoering gevende aan Hoofdstuk 2 Miljöbalken, het voortouw neemt door in *nadere* regelgeving voor *afgebakende* doelgroepen van producenten en gebruikers van *bepaalde* stoffen en producten *specifieke* voorzorgscriteria en -maatregelen voor te schrijven. Alsdan geeft de wetgever aan het bestuur bruikbare handvatten om het voorzorgsbeginsel in concrete situaties toe te passen en is de rechter gehouden om de naleving hiervan te controleren. Voor niet nadrukkelijk geregelde onzekere risico's fungeert het voorzorgsbeginsel van artikel 2:3 Miljöbalken als vangnet.

Tot besluit wijzen wij op de relativering van Jan Darpö dat 'are not all risks related to uncertainties, how do you separate an uncertain risk from just a risk?'¹¹⁶ Hoofdstuk 2 Miljöbalken maakt inderdaad geen dogmatisch onderscheid tussen zekere risico's (preventie) en onzekere risico's (voorzorg).

¹¹⁵ Antwoord Jan Darpö op vraag 6 van de vragenlijst.

¹¹⁶ Antwoord Jan Darpö op vraag 11 van onze questionnaire.

HOOFDSTUK

4 Verenigd Koninkrijk

4.1

INLEIDING

In deze landenstudie is het Verenigd Koninkrijk een vreemde eend in de bijt. Het *common law* rechtssysteem wijkt in meerdere opzichten sterk af van het *civil law* systeem, op welke leest het recht van Duitsland en Zweden, maar ook dat van Nederland, is geschoeid. Belangrijke verschilpunten zijn het ontbreken van een geschreven grondwet, het precedentenstelsel (*stare decisis*),¹¹⁷ een ambivalente houding ten aanzien van het publiekrecht als bijzonder rechtsgebied en een zeer afstandelijke rechterlijke toetsing van bestuursbesluiten.

In het Verenigd Koninkrijk geldt geen speciaal rechtsregime of rechtsbeginsel voor de omgang met onzekere milieurisico's. Wel is – net zoals voor alle lidstaten – het Europees recht in toenemende mate van betekenis voor de doorwerking van het *precautionary principle* in de nationale rechtsorde. Er is in het Verenigd Koninkrijk een tendens dat in milieuwetten, (nationale) beleidsplannen en door rechters in toenemende mate wordt gerefereerd aan het voorzorgsbeginsel. Het voorzorgsbeginsel vormt echter een toetssteen naast andere milieu- c.q. algemene rechtsbeginselen die in oenschouw dienen te worden genomen.¹¹⁸

4.2

DE ORGANISATIE VAN HET PUBLIEKRECHT

4.2.1

FOCUS OP ENGELAND EN WALES

Het Verenigd Koninkrijk vormt naar buiten toe een eenheid maar is intern opgedeeld in vier rechtssystemen – Engeland, Wales, Schotland en Noord-Ierland – die deels gescheiden van elkaar opereren en deels gezamenlijk optrekken.¹¹⁹ In dit hoofdstuk concentreren wij ons op het (milieu)recht van Engeland en Wales dat als één geheel kan worden beschouwd en doorgaans wordt aangeduid als het Engelse

¹¹⁷ Lagere rechters zijn formeel gebonden zich te conformeren naar uitspraken van hogere rechters.

¹¹⁸ Antwoord K. Morrow op vragen 1 en 10 van onze questionnaire m.b.t. het voorzorgsbeginsel en op vraag 5 m.b.t. de fictieve casus.

¹¹⁹ B. Jones, Public environmental law in the United Kingdom, In: R.J.G.H. Seerden, M.A. Heldeweg & K.R. Deketelaere, Public environmental law in the European Union and the United States, 2002, p. 439. De benaming Verenigd Koninkrijk is een afkorting voor Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland. De benaming Groot-Brittannië staat voor Engeland, Wales en Schotland. De onderscheiden rechtssystemen die samen het Verenigd Koninkrijk vormen verschillen van elkaar met betrekking tot wetgeving, organisatie van de rechterlijke macht en organisatie van de overheid.

rechtssysteem. Het grondgebied van Engeland en Wales samen is het grootste binnen het Verenigd Koninkrijk.¹²⁰

4.2.2

CONSTITUTIONEEL SYSTEEM

Er is geen geschreven grondwet voor het Verenigd Koninkrijk of de onderscheiden gebiedsdelen Engeland, Wales, Schotland en Noord-Ierland. Het Verenigd Koninkrijk beschikt wel over ongeschreven grondwettelijke doctrines die gelijkelijk gelden in de vier gebiedsdelen, zoals de *Supremacy* (c.q. *Sovereignty*) of *Parliament*, ook wel *legislative supremacy* genoemd. Ook internationaal verdragsrecht maakt deel uit van het constitutioneel systeem, zij het ná omzetting in nationale rechtsregels (dualisme).

Supremacy of Parliament

De doctrine van de *Supremacy of Parliament* steunt op vier grondgedachten:

- 1) bij conflict tussen wet (*statute law*) en het gemene recht (*common law*), heeft de wet voorrang,
- 2) het parlement is vrij om naar eigen inzicht wetten te maken,
- 3) wetten kunnen niet worden getoetst aan de grondwet,
- 4) het parlement kan alleen zichzelf binden en niet zijn opvolgers.¹²¹

De *Supremacy of Parliament* is van groot belang voor a) de verhouding tussen internationaal recht en nationaal recht, en b) de omvang en intensiteit van de rechterlijke toetsing van overheidshandelen.

Doorwerking van internationaal en Europees (milieu)recht

Voor de werking van internationale verdragen binnen de Engelse rechtsorde geldt een dualistisch systeem. Dit betekent dat verdragsregels eerst door het parlement moeten worden omgezet in nationaal recht voordat zij binnen de Engelse rechtsorde kunnen worden toegepast. Alsdan is de status van een verdragsregel gelijk aan die van een Engelse wet, die ingevolge de *Supremacy of Parliament* door nieuwe wetgeving kan worden *overruled*. Maar voor de doorwerking van het Europees recht, in het bijzonder het EG-recht en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), moet de *Supremacy of Parliament* worden gerelativeerd.

Zo bepaalt de *Communities Act* van 1972 dat het EG-recht – zowel primair als secundair – rechtstreekse werking heeft binnen het gehele Verenigd Koninkrijk. Dit betekent dat secundaire EG-wetgeving, zoals Europese milieuriichtlijnen, na verstrijken van de gegunde implementatietermijn volledig en zonder tussenkomst van de Engelse wetgever binnen de Engelse rechtsorde gelden.¹²² De toepassing

¹²⁰ B. Jones & K. Thompson, *Administrative law in the United Kingdom*. In: R. Seerden & F. Stroink (eds.), *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States. A Comparative Analysis*, Antwerpen: Intersentia, 2002, p. 200-201.

¹²¹ P. Cane, *Administrative law*, Clarendon Law Series, Oxford University Press, 4th Ed., 2004, p. 404-405.

¹²² E. Böhne, *The Quest for Environmental Regulatory Integration in the European Union. Integrated Pollution Prevention and Control, Environmental Impact Assessment and Major Accident Prevention*, Chapter 14: The United Kingdom, The Hague: Kluwer Law International, 2006, p. 428. Op grond van de

van het EG-recht is bovendien onderworpen aan rechterlijk toezicht door de Engelse rechter én het Europese Hof van Justitie.

Voor de doorwerking van het EVRM is in 1998 de *Human Rights Act* (HRA) tot stand gebracht. Artikel 3 HRA geeft opdracht aan de rechter om het Engelse recht, voor zover mogelijk, EVRM-conform interpreteren. De rechter moet ingevolge artikel 4 HRA een *declaration of incompatibility* uitspreken indien de Engelse wettekst niet EVRM-conform kan worden uitgelegd moet. Op basis van een *declaration of incompatibility* kan de Engelse regering (!) de Engelse wet versneld aanpassen. Tevens oefent het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) toezicht uit op de naleving van verdragsregels door het Verenigd Koninkrijk. Zoals bekend veronderstelt ontleent het EHRM aan artikel 8 EVRM (recht op privacy) en artikel 2 EVRM (recht op leven) een verplichting van de overheid om milieubescherpende maatregelen te treffen.¹²³

4.2.3

DE *COMMON LAW* EN ADMINISTRATIEF RECHT

Traditioneel maakt de Engelse *common law* geen onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht. In het verleden was men zelfs zeer beducht voor de ontwikkeling van administratief recht naast het privaatrecht. Dicey, een invloedrijk Engels jurist, stelde in 1885 dat administratief recht indruiste tegen de Engelse constitutie. De *rule of law* diende te waarborgen dat alle geschillen aan gewone rechtbanken ter beoordeling zouden moeten worden voorgelegd. Dicey verkeerde in de veronderstelling dat administratieve rechters, zoals de Franse *Conseil d'État*, aan bestuursorganen speciale voorrechten zouden gunnen ten nadele van burgers. Maar hiermee schetste Dicey een karikatuur van het Franse administratief recht dat juist door toedoen van de *Conseil d'État* uitgroeide tot een verfijnd stelsel van administratief recht en onafhankelijke administratieve rechtspraak.¹²⁴

Overigens is ook in Engeland, in weerwil van Dicey's opvatting en die van zijn tijdgenoten, in de laatste decennia administratief recht tot ontwikkeling gekomen. Dit administratief recht bestaat grotendeels uit geschreven bijzondere bestuurswetten, zoals milieuwetten, maar ook uit ongeschreven recht (*common law*), in het bijzonder de *ultra vires*-doctrine en de beginselen van *natural justice*. De controle op het bestuurshandelen is deels in handen van de gewone rechtspraak door middel van *judicial review* en (grotendeels) in handen van *tribunals* die formeel behoren tot de administratie maar daarvan onafhankelijk opereren.

Communities Act is de regering bevoegd tot de omzetting van EG-richtlijnen in regeringsverordeningen (*secondary legislation*). Uiteraard blijft het Engelse parlement bevoegd om EG-richtlijnen in formele wetten (*primary legislation* of *statutory acts*) om te zetten.

¹²³ Zie EHRM 19 februari 1998, JB 1998, 49 (Guerra) en EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43 (Öneryildiz).

¹²⁴ T. Koopmans, *Courts and political institutions, A comparative view*, Cambridge University Press, 2003, p. 130-131.

4.2.4

COMMON LAW BEGINSELEN

In het Engelse bestuursrecht ligt de nadruk op procedurele rechtvaardigheid. In Anglo-Amerikaanse rechtssystemen gaat men ervan uit dat rechtvaardige procedures leiden tot rechtvaardige uitkomsten.¹²⁵ Deze basisveronderstelling heeft, zoals wij later zullen zien, belangrijke implicaties voor de wijze van rechterlijke toetsing.

Ultra vires

Ultra vires is een belangrijke vernietigingsgrond voor de Engelse rechter. De Engelse doctrine maakt een onderscheid tussen *substantive ultra vires* en *procedural ultra vires*.

Substantive ultra vires ziet op de inhoud van een besluit en is vergelijkbaar met het Nederlandse legaliteits- en specialiteitsbeginsel. Het betekent dat het bestuur slechts mag handelen op grond van én binnen de grenzen van een door de wet toegekende bevoegdheid. Ook het gebruik van een wettelijke bevoegdheid voor een ander doel dan waarvoor zij is gegeven, in het Nederlandse bestuursrecht bekend als het verbod van détournement de pouvoir, is *ultra vires*.

Procedural ultra vires ziet op strijd met dwingende (*mandatory*) wettelijke procedurevoorschriften. Voorbeelden hiervan zijn het recht om te worden gehoord en de regel dat burgers moeten worden geïnformeerd over hun rechtsbeschermingsmogelijkheden tegen een bestuursbesluit. De wettekst expliciteert doorgaans niet of een bepaald voorschrift *mandatory* of *directory* is, dit is een kwestie van wetsinterpretatie.¹²⁶

Natural Justice

De beginselen van *natural justice* zien op de noodzaak van rechtvaardige bestuurlijke besluitvorming. Het gaat in essentie om twee beginselen, namelijk het recht op hoor en wederhoor (*audi alterem partem*) en het recht op onpartijdige besluitvorming (*nemo iudex in sua causa*).¹²⁷ Deze beginselen zijn van oorsprong ontwikkeld voor de rechterlijke besluitvorming doch tegenwoordig hebben zij een veel ruimer toepassingsbereik. Dit komt doordat gaandeweg ook bestuurlijke besluitvormingsprocessen werden gerekend tot '*the duty to act judicially*'.¹²⁸

Voor bestuurlijke besluitvormingsprocessen wordt vaak het begrip (*procedural*) *fairness* gebruikt in plaats van het begrip *natural justice*. Volgens Cane heeft de notie

¹²⁵ J. Schwarze, *European administrative law. The emergence of a European administrative law through comparative method*. London: Sweet & Maxwell, 2006, p. 147.

¹²⁶ J. Schwarze, a.w., p. 146; P. Cane, a.w., p. 169: het begrip 'dwingend' betekent niet dat de schending van een dwingend procedurevoorschrift automatisch inhoudt dat het besluit wordt vernietigd. De rechter kan bijvoorbeeld van oordeel zijn dat een juist materieel besluit voldoende opweegt tegen een procedureel defect. Ook moet men zich er rekenschap van geven dat in het Engelse recht de toepassing van rechtsmiddelen in concrete casus een discretionaire rechterlijke bevoegdheid is. Zo kan de rechter besluiten om een onrechtmatig genomen besluit in stand te houden indien hij vernietiging ervan zou beschouwen als '*unjust and unintended consequences*'.

¹²⁷ J. Schwarze, a.w., p. 147.

¹²⁸ P. Cane, a.w., p. 140.

van *fairness* de weg gebaad voor de ontwikkeling van beginselen die primair zijn toegesneden op de bestuurlijke besluitvorming. In theorie leidt schending van *fairness* of *natural justice* ertoe dat het bestuursbesluit moet worden vernietigd, maar in de praktijk ziet de rechter vaak redenen om dit niet te doen.¹²⁹

4.3

WETGEVING EN BELEID MET BETREKKING TOT ONZEKERE MILIEURISICO'S

4.3.1

EEN VEELHEID AAN MILIEUWETTEN

De bescherming van het milieu wordt niet grondwettelijk gewaarborgd en een algemene milieukaderwet ontbreekt. Het Engelse milieurecht bestaat uit tal van bijzondere milieuwetten, waarvan de *Environmental Protection Act* van 1990 (EPA 1990), de *Environment Act* van 1990 (EA 1990) en de *Pollution Prevention Control Act* van 1999 (PPCA 1999) een meer algemeen karakter hebben en worden beschouwd als de drie belangrijkste. Ook de in 1990 geconsolideerde *Town and Country Planning Act* (TCPA 1990) is van belang bij de bescherming van natuur en milieu.

Het voorzorgsbeginsel wordt in de Engelse wetgeving in feite niet expliciet genoemd als algemeen geldend rechtsbeginsel. Wel zien we in artikel 7 van de EPA 1990 een verwijzing naar BATNEEC (*Best Available Techniques Not Entailing Excessive Costs*) en andere doelstellingen van het IPPC- regime. Verder noemt artikel 4 van de EA 1995 nadrukkelijk duurzame ontwikkeling (*sustainable development*) als door het nationaal Milieuagentschap (*Environment Agency*, EA) na te streven doel.¹³⁰ Op grond van artikel 39 EA 1995 geldt de relativisering dat de EA bij de uitoefening van zijn taken rekening moet houden met de kosten en baten van milieubescherming.¹³¹ De PPCA 1999, tenslotte, is speciaal tot stand gekomen om uitvoering te geven aan de IPPC-richtlijn.¹³² In de daarop gebaseerde Pollution Prevention and Control (England and Wales) Regulations 2000 staat een vermelding van het precautionary principle, overeenkomend met bijlage IV van de IPPC-richtlijn.¹³³

Voorts zijn er tal van wetten voor specifieke (milieu)sectoren.¹³⁴ De website van de *Environment Agency* geeft per gebiedsdeel binnen het Verenigd Koninkrijk een overzicht van de bestaande milieuwetten ingedeeld naar milieubeleidssector. Voor Engeland zijn er de rubrieken *air legislation*, *chemicals legislation*, *conservation legislation*, *energy legislation*, *land legislation*, *noise and statutory legislation*, *plant protection legislation*, *pollution prevention & control (PPC) legislation (including IPC)*, *radioactive substances legislation* en *water legislation*. Iedere afzonderlijke rubriek bevat een veelheid aan wetten en lagere (uitvoerings)regelgeving.¹³⁵ Actueel is het

¹²⁹ P. Cane, a.w., p. 160-161, 167.

¹³⁰ Dit is uitgewerkt in de Environment Agency (1997) *Introductory Guidance on the Agency's Contribution to Sustainable Development*, Bristol, UK.

¹³¹ Dit is uitgewerkt in de Environment Agency (1997) *Taking Account of Costs and Benefits*, Bristol, UK.

¹³² Antwoord van K. Morrow op vraag 1 van onze vragenlijst.

¹³³ Zie PPCR, p. 84.

¹³⁴ B. Jones, a.w., p. 446.

¹³⁵ <http://www.netregs.gov.uk/netregs/legislation/287972/?version=1&lang=e>

initiatief van het Ministerie voor Milieu, Voedsel en Landbouw om de Engelse milieuwetgeving ingrijpend te stroomlijnen.¹³⁶

4.3.2

MILIEUBELEID

Voor een goed begrip van de Engelse milieuwetgeving is het noodzakelijk om kennis te nemen van het Engels milieubeleid, in het bijzonder de *guidance documents* die vrij gedetailleerd aangegeven op welke wijze bestuursorganen de milieuwetten dienen te implementeren. Milieubeleidsregels worden doorgaans gepubliceerd. Zij verschaffen aan zowel bedrijven, burgers als bestuursorganen duidelijkheid over de wijze waarop in specifieke gevallen de milieubesluitvorming zal geschieden.¹³⁷ Ook vormen zij een belangrijke leidraad voor de quasi-rechterlijke (*tribunal*) en rechterlijke controle (*court*) op de milieubesluitvorming. Tegelijkertijd geldt in het Engelse bestuursrecht dat beleidsregels juridisch niet strikt binden. Er is, evenals in het Nederlands bestuursrecht, sprake van een inherente afwijkingsbevoegdheid inhoudende dat het bestuursorgaan in beginsel handelt overeenkomstig de beleidsregel tenzij bijzondere omstandigheden nopen tot een afwijkende handelwijze.¹³⁸

Het voorzorgsbeginsel treedt duidelijker naar voren in het milieubeleid dan in de milieuwetgeving. Het wordt bijvoorbeeld expliciet genoemd in de *UK Sustainable Development Strategy*, de *Planning Policy Statement 23* (PPS 23): 'Planning and Pollution Control', en de *Planning Policy Statement 25* (PPS 25): 'Development and Flood Risk'.¹³⁹ In de *UK Strategy for Sustainable Development 'Securing the Future'* valt het voorzorgsbeginsel binnen het leidende milieubeginsel van '**using sound science responsibly**'.¹⁴⁰

'Ensuring policy is developed and implemented on the basis of strong scientific evidence, whilst taking into account scientific uncertainty (through the *precautionary principle*) as well as public attitudes and values.'

In Annex B van de PPS 25 is het UK-beleid inzake klimaatverandering opgenomen. Onder B.9 is er een expliciete verwijzing naar het voorzorgsbeginsel:

'In making an assessment of the impacts of climate change on flooding from the land, rivers and sea as part of a flood risk assessment, the sensitivity margins in Table B.2 may provide an appropriate *precautionary* response to *uncertainty* about climate change impacts on rainfall intensities, river flow, wave height and wind speed.'¹⁴¹

¹³⁶ The Defra Simplification Plan: Maximising Outcomes, Minimising Burdens, November 2006, www.defra.gov.uk.

¹³⁷ Een citaat uit de DEFRA Guidelines for Environmental Risk Assessment and Management, Par. 1.2: 'The guidelines provide decision-makers, practitioners and the public with a consistent language and approach for environmental risk assessment and management.'

¹³⁸ Cane, a.w., p. 202-203; vgl. art. 4:84 Awb m.b.t. inherente afwijkingsbevoegdheid naar Nederlands bestuursrecht.

¹³⁹ De genoemde beleidsregels zijn met name door K. Morrow in haar antwoorden op onze vragenlijst genoemd, zij vormen slechts een heel kleine selectie uit een veelheid aan milieubeleidsnota's.

¹⁴⁰ De UK Strategy for Sustainable Development is opgenomen als Annex A bij de PPS 25. PPS 25 van 2006 vervangt de Planning Policy Guidance Note (PPG 25) van 2001.

¹⁴¹ Table 2: 'Recommended national **precautionary** sensitivity ranges for peak rainfall intensities, peak river flows, offshore wind speeds and wave heights'.

Ook het volgende lange citaat uit de PPS 23¹⁴² van 2004 laat zien dat het voorzorgsbeginsel, naast andere milieu(rechtelijke) beginselen,¹⁴³ ten grondslag ligt aan het Engelse milieubeleid:

'The Government is committed to using the precautionary principle, which was included in the 1992 *Rio Declaration on Environment and Development*.³ (...) As was made clear in *A Better Quality of Life - A Strategy for Sustainable Development for the UK*, precaution is not just relevant to environmental damage, but is relevant also in the fields of health and safety. The Interdepartmental Liaison Group on Risk Assessment (ILGRA), in its 2002 paper *The Precautionary Principle: Policy and Application*,⁴ made a number of important points including noting that the precautionary principle should be invoked when:

- there is good reason to believe that harmful effects may occur to human, animal or plant health, or to the environment; and
- the level of scientific uncertainty about the consequences or likelihood of the risk is such that best available scientific advice cannot assess the risk with sufficient confidence to inform decision-making.

Precautionary action requires assessment of the costs and benefits of action, and transparency in decision-making.'

Een nadere bestudering van diverse milieubeleidsregels leert niettemin dat er vooral een nadruk ligt op risicopreventie, met andere woorden het voorkomen van zekere risico's (*known risks*).¹⁴⁴ Anderzijds geven Balzano en Sheppard¹⁴⁵ een voorbeeld van Engelse 'voorzorgshysterie' op een terrein waar Europese regels niet vanwege het voorzorgsbeginsel een streng beschermingsregime opleggen aan de Lidstaten.¹⁴⁶ Het betreft een heel specifieke casus, te weten de aanscherping van de Engelse veiligheidsnormen met betrekking tot de plaatsing van UMTS masten. De directe aanleiding voor het strengere beleid vormde het in 2000 uitgebrachte eindrapport van de *Independent Expert Group on Mobile Phones* (IEGMP), een

¹⁴² De Planning Policy Statement 23: 'Pollution and Control' geldt nadrukkelijk alleen voor Engeland. Het is een aanvulling op de Pollution Prevention and Control Act 1999 and the Pollution Control Regulations 2000, waarmee het Verenigd Koninkrijk uitvoering geeft aan de IPPC-richtlijn (96/61/EC)

¹⁴³ Genoemd worden, p. 9: 'putting people at the centre; taking a long-term perspective; taking account of costs and benefits; respecting environmental limits; applying the precautionary principle; using scientific knowledge; following procedures which are based on transparency, access to information, effective participation by stakeholders and access to justice; and making the polluter pay.' Het is overigens wel opvallend dat in de index van de PPS 23 alleen het *precautionary principle* apart wordt genoemd en alleen dit beginsel in het document apart wordt toegelicht.

¹⁴⁴ Antwoord van K. Morrow op vraag 4 van onze questionnaire mbt voorzorgsbeginsel in UK.

¹⁴⁵ Q. Balzano & A.R. Sheppard, The influence of the precautionary principle on science-based decision-making: questionable applications to risks of radiofrequency fields, In: *Journal of Risk Research* 5 (4), 2002, p. 351-369.

¹⁴⁶ Balzano en Sheppard (a.w., p. 362) beweren zelfs dat het Verenigd Koninkrijk de ogen sluit voor gezaghebbende rapporten van multinationale expert groepen, zoals de ECEG (1996), die

speciaal daartoe ingestelde onderzoeksgroep van het Ministerie van Volksgezondheid. Volgens Balzano en Sheppard zijn de aangevoerde wetenschappelijke 'bewijzen' waarop het strenge beleid is gebaseerd flinterdun. Zij zijn dan ook zeer kritisch over het voorzorgsbeginsel als richtinggevend principe voor milieubesluiten. Een citaat:¹⁴⁷

'But lacking the elements and operational qualities that characterize principles that have proven useful in law, politics, science, and ethics, the precautionary principle lends itself to regulation based on the perception of a threat or fear itself. In the absence of scientific evidence for risk, recent application of the precautionary principle to questions about radiofrequency electromagnetic fields of cellular telephones and cellular telephone base stations has produced wasteful and misguided regulations and questionable advice to the public.'

En:¹⁴⁸

'Because the IEMGP misunderstood key scientific knowledge and lacked definitive research data on outstanding questions, fears of unknown risks were amplified unrealistically to generate speculations about the health of children.'

4.4

BESTUURLIJKE BESLUITVORMING EN ONZEKERE MILIEURISICO'S

4.4.1

HET BEVOEGD BESTUUR

Op nationaal niveau spelen het *Department of the Environment, Food and Rural Affairs* (DEFRA) en het *Department of Transport and Local Authorities* (DTLA) een belangrijke rol. Zij geven richtlijnen uit, zoals de *Planning Policy Guidance* (PPG), waarmee de bevoegde autoriteiten op regionaal en lokaal niveau rekening dienen te houden. Deze PPG geven ook een indicatie van waartoe een afweging van milieubelangen en andere belangen zou dienen te leiden. Onder het regime van de EA 1995 is de aansturing van bovenaf verder aangescherpt door in complexe detailwetgeving (*statutory guidance*) de doelstellingen en begrippen van milieukaderwetten te preciseren. Hiermee wordt een zekere mate van nationale uniformiteit in de milieubesluitvorming beoogd terwijl lokale autoriteiten enige beleidsvrijheid houden om rekening te houden met specifieke lokale omstandigheden.¹⁴⁹

Regionale en lokale overheden zijn belangrijke uitvoerders van milieurecht en -beleid. In ieder gebiedsdeel van het Verenigd Koninkrijk en zelfs binnen Engeland en Wales is het regionaal en lokaal bestuur anders georganiseerd. Wij geven hier slechts een overzicht van terreinen waarvoor zij (mede) verantwoordelijk zijn: bodembescherming, (geluids)hinder, luchtkwaliteitscontrole, luchtkwaliteitsbeheer en diverse aangelegenheden met betrekking tot de gezondheid. Voor een aantal van de hier genoemde taken geldt dat gedeconcentreerde eenheden van het

¹⁴⁷ Q. Balzano & A.R. Sheppard, a.w., p. 351.

¹⁴⁸ Q. Balzano & A.R. Sheppard, a.w., p. 360.

¹⁴⁹ B. Jones, a.w., p. 450.

nationaal Milieuagentschap (*Environment Agency*) deels aanvullende en deels controlerende bevoegdheden uitoefenen.¹⁵⁰

Het voormelde Milieuagentschap, een niet-departementaal orgaan, vervult een belangrijke rol bij de uitvoering van het Engelse milieurecht. Het werd opgericht op basis van de EA 1995 (art. 4) en het is verantwoordelijk voor milieuregelgeving, -vergunningverlening en -handhaving op met name de volgende terreinen: industriële inrichtingen, met inbegrip van een gedeelde verantwoordelijkheid met de *Health and Safety Executive* (HSE) voor preventie en controle van grote ongelukken, en watermanagement. In Engeland en Wales ressorteren onder het Milieuagentschap acht administratieve regio's. De grenzen van deze administratieve regio's komen niet overeen met die van het lokaal bestuur binnen hetzelfde grondgebied.¹⁵¹

4.4.2

MILIEUBESLUITVORMING

De verschillende miliewetten bevatten ieder eigen regels voor de milieubesluitvorming. Ook zijn er procedurele verschillen naar gelang welk bestuursorgaan bevoegd is. Wij beperken ons hier tot een aantal algemene kenmerken van de Engelse besluitvorming met betrekking tot milieuvergunningen.¹⁵²

De aanvraag voor een milieuvergunning wordt beschouwd als een zaak van publiek belang. Dergelijke aanvragen worden daarom, met alle relevante bijlagen, opgenomen in een openbaar register. De aanvrager voorziet het bestuursorgaan van alle noodzakelijke informatie voor de beoordeling van zijn of haar aanvraag. Vanwege EG-regelgeving, in het bijzonder de IPPC-richtlijn, moet een aanvraag veel gedetailleerde technische informatie bevatten met betrekking tot te verwachten milieu-effecten. De aanvrager zal derhalve in veel gevallen ter voorbereiding van de vergunningaanvraag een milieu-effectrapportage moeten maken. Voor onzekere milieurisico's is er geen omkering van de bewijslast.¹⁵³

Tussen de indiening van de aanvraag en het bestuursbesluit wordt aan derden de gelegenheid gegund om bezwaren in te brengen tegen de voorgenomen activiteit. In deze fase van de besluitvorming gelden er doorgaans geen restricties ten aanzien van de kring van belanghebbenden. Verder verplichten de meeste miliewetten om in het besluitvormingsproces specifieke deskundigen te raadplegen, de zogenaamde *statutory consultees*. De milieuvergunning wordt doorgaans verleend onder specifieke voorwaarden die zien op de bescherming van het milieu.

¹⁵⁰ B. Jones, a.w., p. 453.

¹⁵¹ E. Bohne, a.w., p. 425, 431.

¹⁵² Hier volgen wij B. Jones, a.w., p. 455-456.

¹⁵³ Antwoord van K. Morrow op vraag 4 van onze vragenlijst m.b.t. de fictieve casus.

4.4.3

INQUIRIES

Het Engelse milieurecht kent geen algemene verplichting om tijdens de vergunningverleningsprocedure een (openbare) hoorzitting te houden. Wel kan de betreffende milieuwet daartoe verplichten óf het bevoegd bestuursorgaan *ad hoc*, soms op verzoek van derden. De (*statutory*) *inquiry* is het geijkte middel om invulling te geven aan het beginsel van *fair hearing* in de bestuurlijke besluitvorming. Het speelt met name een rol bij beleidsvrije bevoegdheden. Het geeft aan belanghebbenden, doorgaans het publiek in algemene zin (*public inquiry*), de mogelijkheid om argumenten aan te voeren tegen een voorgenomen overheidsbesluit. Het bestuursorgaan moet de genoemde argumenten meewegen in zijn besluitvorming, maar het is er niet aan gebonden. Het uiteindelijke bestuursbesluit is immers een politiek besluit. Wel moet het bestuursorgaan zijn (politiek) besluit motiveren en is het verslag van de *inquiry* openbaar.¹⁵⁴ Het argument dat onzekere milieurisico's in de weg (zouden moeten) staan aan de (milieu)vergunningverlening, kan bij uitstek door derden tijdens een *inquiry* naar voren worden gebracht. De procedureregels voor een *inquiry* worden ontleend aan a) de wet op basis waarvan een *inquiry* wordt gelast, b) de algemene *principles of natural justice* en c) de richtlijnen die de *Lord Chancellor* dienaangaande uitvaardigt op basis van de *Tribunals and Inquiries Act 1992*.¹⁵⁵

4.4.4

MOGELIJKE UITKOMSTEN

Het bestuursorgaan zal het belang van de bescherming tegen een onzeker milieurisico altijd afwegen tegen andere belangen, zoals het algemeen economisch belang. In verreweg de meeste gevallen leidt dit er niet toe dat vanwege onzekere milieurisico's een voorgenomen activiteit wordt verboden. Het voorzorgsbeginsel dwingt daar ook niet toe. De meest waarschijnlijke uitkomst zal zijn dat een milieuvergunning onder specifieke voorwaarden wordt verleend, zoals

- a) een onderzoeksplicht om mogelijke milieurisico's van de voorgenomen activiteit en milieuvriendelijker alternatieven beter in kaart te brengen,
- b) tijdelijkheid, opdat de vergunde activiteit periodiek aan een grondig onderzoek wordt onderworpen.¹⁵⁶

4.5

(QUASI-)RECHTERLIJKE CONTROLE OP MILIEUBESLUITEN

4.5.1

INLEIDING

De controle op bestuursbesluiten wordt in Engeland uitgeoefend door quasi-rechterlijke instanties (*administrative tribunals*) en onafhankelijke rechters. Een volgend onderscheid kan worden gemaakt tussen *statutory appeal* en *judicial review*. *Judicial review* is een algemene bevoegdheid van de *High Court* die sinds 2001 wordt uitgevoerd door een bijzondere divisie ervan, de *Administrative Court*. *Statutory appeal* betekent dat specifieke wettelijke bepalingen aangeven a) wie, b) bij welke instantie, c) een nader bepaald bestuursbesluit kan aanvechten. Het is een

¹⁵⁴ H.W.R. Wade & C.F. Forsyth, a.w., p. 961-966, 973-974. Tot 1958 waren deze verslagen geheim.

¹⁵⁵ H.W.R. Wade & C.F. Forsyth, a.w., p. 982-983.

¹⁵⁶ Antwoord van K. Morrow op vraag 5 m.b.t. de fictieve casus.

mengvorm van administratief beroep en beroep op een rechter. *Statutory appeal* staat open bij hetzij een *administrative tribunal* (een verzamelnaam voor qua samenstelling en bereik heel uiteenlopende administratieve beroepsinstanties) hetzij een onafhankelijke rechter (bijvoorbeeld de *County Court* of de *High Court*). In het algemeen geldt dat wanneer de wet een *inquiry* gelast tijdens het primaire besluitvormingsproces, tegen het bestuursbesluit beroep bij een rechter open staat.¹⁵⁷

In het geval van *statutory appeal* worden alle aspecten (*laws and facts* c.q. de *merits*) van een bestuursbesluit opnieuw bezien. Wanneer een *tribunal* concludeert dat het bestreden besluit onjuist (*wrong*) is, dan is het bevoegd om een nieuw besluit te nemen dat in de plaats treedt van het bestreden besluit.¹⁵⁸ In geval van *judicial review* onderwerpt de rechter het bestuursbesluit aan een afstandelijke rechtmatigheidstoets om te controleren of het bestuursorgaan heeft gehandeld binnen de grenzen van zijn bevoegdheid (*ultra vires*-test). Indien de *Administrative Court* concludeert dat het bestuursbesluit onrechtmatig (*unlawful*) is dan wordt het vernietigd. Alsdan is het bestuur aan zet om een nieuw besluit te nemen met inachtneming van de rechterlijke uitspraak.

4.5.2

ADMINISTRATIVE TRIBUNAL

De aanduiding '*administrative tribunal*' is misleidend, want de meeste tribunalen maken formeel deel uit van de administratie maar opereren als onafhankelijke rechtsprekende instanties.¹⁵⁹ De term *tribunal* duidt op een verzamelnaam voor een veelheid van beroepsinstanties die onderling sterk kunnen verschillen in grootte, samenstelling en werkwijze. Iedere bijzondere wet hanteert immers zijn eigen systeem. Hun competentie is bepaald bij bijzondere bestuurswet en is beperkt tot een speciaal afgebakend bestuursgebied. In de regel bestaat een *tribunal* uit een voorzitter, die jurist is, en zijn de andere leden specifieke deskundigen of vertegenwoordigers van belangengroepen.¹⁶⁰ Veelgenoemde voordelen van tribunalen zijn hun laagdrempeligheid, de specifieke deskundigheid, de lage kosten, de relatief informele procedure en de snelheid waarmee bestuursgeschillen worden afgewikkeld. Ook *tribunals* maken gebruik van de *inquiry* voor de besluitvorming.¹⁶¹

Op basis van de verschillende milieuwetten zijn vele *tribunals* aangewezen als beroepsinstantie. De gezaghebbende studie *Modernising Environmental Justice (Regulation and the Role of an Environmental Tribunal)* laat zien dat er in het Engelse milieurecht meer dan 50 verschillende beroepsprocedures zijn. Deze beroepsprocedures zijn overigens niet 'milieurechtdekkend', want niet tegen alle milieubesluiten is *statutory appeal* mogelijk. Voor deze besluiten rest enkel en alleen

¹⁵⁷ N. de Sadeleer, G. Röller & M. Dross, Access to Justice in Environmental Matters. Country Reports and Case Studies. Part III: Portugal-United Kingdom, ENV.A.3/ETU/2002/0030, p. 124. Het overslaan van een bestuurlijke heroverweging indien een openbare hoorzitting plaatsvond tijdens het primaire besluitvormingsproces vertoont een duidelijke parallel met de procedure van afdeling 3.4 Awb (uniforme openbare voorbereidingsprocedure).

¹⁵⁸ In dit opzicht is er een grote gelijkenis met de Nederlandse bezwaarschriftprocedure.

¹⁵⁹ H.W.R. Wade & C.F. Forsyth, a.w., p. 909-910, 912.

¹⁶⁰ P. Cane, a.w., p. 395.

¹⁶¹ H.W.R. Wade & C.F. Forsyth, a.w., p. 906-908 en P. Cane, a.w., p. 392, 395.

de mogelijkheid van *judicial review*. Voor beroep tegen besluiten op het terrein van de ruimtelijke ordening, daarentegen, is er slechts één loket: de *Secretary of State* via de *Planning Inspectorate*. Een belangrijke conclusie van de rechtsvergelijkende studie *Access to Justice in Environmental Matters* is dat de talrijke en ongelijksoortige beroepsprocedures in het Engelse milieurecht veel onduidelijkheid scheppen en wellicht strijd opleveren met de *Aarhus Convention*¹⁶² en artikel 6 EVRM. Beide studies dringen erop aan dat één *Environmental Tribunal* wordt opgericht waar beroep kan worden ingesteld tegen alle mogelijke milieubesluiten.¹⁶³

De aanwezigheid van talrijke gespecialiseerde *tribunals* verklaart de relatief geringe hoeveelheid zaken voor *judicial review* bij de *Administrative Court*. De meeste bestuurswetten stellen beroep open op een *tribunal* en dat is voor burgers de eerstaangewezen weg om hun gelijk te halen.¹⁶⁴ De mogelijkheid van *statutory appeal* sluit echter *judicial review* niet a priori uit.¹⁶⁵ De High Court zal echter niet snel geneigd zijn een *Claim for Judicial Review* (CJR) in behandeling te nemen indien iemand de mogelijkheid van *statutory appeal* onbenut heeft gelaten óf niet tevreden is met de beslissing van het *tribunal*.¹⁶⁶

Voor deze beschrijving hebben wij niet onderzocht op welke wijze de *tribunals* omgaan met onzekere milieurisico's c.q. het voorzorgsbeginsel betrekken in hun controle op de bestuurlijke besluitvorming. Dit zou wel een interessante invalshoek kunnen zijn teneinde een compleet beeld te krijgen van de wijze waarop met onzekere milieurisico's wordt omgegaan door bestuur en rechter in het Verenigd Koninkrijk.

4.5.3

JUDICIAL REVIEW

In de Engelse literatuur betreffende de werking van het voorzorgsbeginsel ligt de nadruk op *judicial review*. Het controleren van de rechtmatigheid van bestuursbesluiten is een inherente bevoegdheid van de Engelse gewone rechter. Wel is met de instelling van een aparte divisie binnen de *High Court* in 2001, de *Administrative Court*, een stap gezet in de richting van verdere specialisering van het bestuursrecht. Eerder was hiertoe ook al een belangrijke aanzet gedaan door

¹⁶² Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision Making and Access to Justice in Environmental Matters, 25 Juni 1998, in werkingtreding op 30 oktober 2001.

¹⁶³ R. Macrory & M. Woods, *Modernising Environmental Justice. Regulation and the Role of an Environmental Tribunal*, June 2003, Center for Law and the Environment, Faculty of Laws, University College London, p. 8-9, 26, 30, 32 e.v. De opdracht tot het verrichten van deze studie kwam van de Royal Commission on Environmental Pollution, 23rd Report 'Environmental Planning', 2002, die constateerde dat 'Procedures have grown up haphazardly with no apparent underlying principle, and we consider they fail to provide a system appropriate for contemporary needs. We recommend the establishment of Environmental Tribunals to handle appeals under environmental legislation other than the town and country planning system' (citaat staat vermeld als opdracht bij *Modernising Environmental Justice*, a.w.).

¹⁶⁴ P. Cane, a.w., p. 398.

¹⁶⁵ H.W.R. Wade & C.F. Forsyth, a.w., p. 949.

¹⁶⁶ Een belangrijk kenmerk van *judicial review* is de discretionaire bevoegdheid van de rechter om een zaak niet in behandeling te nemen, ook indien appellant aan alle formele vereisten voldoet. P. Cane, a.w., p. 112-113.

aparte regels van procesrecht vast te stellen voor de *claim for judicial review* (CJR).¹⁶⁷ De mogelijkheid van *judicial review* is niet beperkt tot een bepaald type bestuursbesluit. Alleen formele wetten zijn hiervan uitgezonderd. Ook de kring van belanghebbenden is heel ruim, de aanwezigheid van een *sufficient interest* wordt snel aangenomen.¹⁶⁸ Daartegenover staat echter een verlofstelsel (*permission*) en de bevoegdheid van de rechter om verlof goeddeels naar eigen inzicht al dan niet toe te kennen. Ruim één-derde van alle aanvragen voor *judicial review* wordt afgewezen.

In de CJR staan de volgende bestuursrechtelijke *remedies* (rechtsmiddelen) centraal: *quashing order* (vernietiging van het besluit), *prohibiting order* (het bestuur verbieden om iets te doen) en *mandatory order* (het bestuur bevelen om iets te doen). In combinatie met één van deze drie *public law remedies* kan ook schadevergoeding (*damages*) worden gevraagd en er is de mogelijkheid om civielrechtelijke acties tegen de overheid, zoals de *declaration* en *injunction*, door middel van een CJR in te stellen. Op basis van de gezaghebbende uitspraak van de *House of Lords* in *O'Reilly versus Mackman* (1983) moet men immers in een publiekrechtelijk geschil gebruik maken van de CJR, ongeacht de aard van de claim.¹⁶⁹ Voorts beschikt de Engelse rechter over een ruime discretionaire bevoegdheid om *remedies* al dan niet toe te kennen. Zelfs indien aan alle wettelijke vereisten voor de toekenning van een *remedy* is voldaan kan de rechter besluiten dat het niet gebeurt.¹⁷⁰

De Engelse rechter toetst enkel de rechtmatigheid van het bestuursbesluit en respecteert daarbij – méér dan de (bestuurs)rechter in andere Europese landen – de beleidsvrijheid die de Engelse wetgever (conform de *Supremacy of Parliament*) aan het bestuur gunt. Hij zal slechts ingrijpen indien een beleidsvrije beslissing *irrational* of *unreasonable*¹⁷¹ is, daaronder wordt ook begrepen misbruik van bestuursbevoegdheid. Wanneer echter Europeesrechtelijke normen in het geding zijn – zoals in veel milieurechtelijke geschillen – zal de Engelse rechter op grond van artikel 10 EG-Verdrag (gemeenschapstrouw Lidstaten) het bestreden bestuursbesluit aan een indringender proportionaliteitstoets moeten onderwerpen.¹⁷² Voorts dwingt ook artikel 6 EVRM tot een indringender

¹⁶⁷ De Senior Courts Act 1981 (tot 2005 genaamd Supreme Court Act 1981), Part 54 Civil Procedure Rules (CPR).

¹⁶⁸ Section 31 Senior Courts Act 1981.

¹⁶⁹ *O'Reilly v. Mackman* (1983), 2 AC 237.

¹⁷⁰ P. Cane, a.w., p. 91.

¹⁷¹ In het Engelse bestuursrecht veelal aangeduid als *Wednesbury unreasonableness* vanwege de uitspraak van de *House of Lords* in *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223. Wij zien hier een duidelijke parallel met het in diezelfde periode gewezen Doetinchem arrest van de Hoge Raad, 25 februari 1994, NJ 1994, 558. Een vergelijking tussen de Engelse *unreasonableness*-test en de Nederlandse willekeur-test maakt F. Stroink, *Judicial control of the administration's discretionary powers*, in: *Judicial control. Comparative essays on judicial review (le bilan exécutif – juge administratif)*, 1995, p. 81-99.

¹⁷² B. Jones & K. Thompson, *Administrative law in the United Kingdom*, In: R. Seerden & F. Stroink (eds.), *Administrative law of the European Union, its Member States and the United States. A comparative analysis*. Antwerpen-Groningen: Intersentia-Metro, 2002, p. 239-249.

rechterlijke controle wanneer één van de Verdragsrechten in het geding is.¹⁷³ Een belangrijk knelpunt in het systeem van *judicial review* is dat de inbreng van milieu(rechterlijke)-expertise in de rechterlijke besluitvorming niet is gegarandeerd.¹⁷⁴

4.6

JUDICIAL REVIEW VAN BESTUURSBESLUIT MET BETREKKING TOT ONZEKER MILIEURISICO

Hiervóór hebben wij reeds gemeld dat het voorzorgsbeginsel op zich wel ten grondslag ligt aan het Engelse milieubeleid, en dat er inmiddels ook – vanwege implementatie van Europese regelgeving, in het bijzonder de IPPC-richtlijn, vermelding van plaatsvindt in de Engelse milieuwetgeving. De Engelse rechter toetst van oudsher zeer afstandelijk of, en zo ja, op welke wijze, het bestuur gebruik maakt van zijn discretionaire bevoegdheid.¹⁷⁵ Slechts wanneer het besluit *unreasonable* of *irrational* is zal de rechter het op inhoudelijke gronden vernietigen.¹⁷⁶ Indien echter Europese regelgeving in het geding is, met name EG-recht en fundamentele mensenrechten van het EVRM, onderwerpt de Engelse rechter het milieubesluit aan een indringender evenredigheidstoets. Zo was bijvoorbeeld in *R (on the application of the Environment Agency) v Tonbridge and Malling Borough Council*¹⁷⁷ een vergunning (verleend op basis van de Town and Country Planning Act 1990) voor de bouw van flats onderwerp van geschil. Deze flats zouden nabij een beschermd heidegebied (*heathland*) worden geplaatst. Er wordt gevreesd dat door intensieve bebouwing onomkeerbare milieuschade zou worden aangericht. Aan de Habitatrichtlijn ontleent de rechter doorslaggevende argumenten vóór een voorzorgsbenadering en vernietigt de verleende vergunning.¹⁷⁸

Met name de status of uitwerking die aan het voorzorgsbeginsel wordt gegeven in (Europese) wetgeving dan wel in beleidsregels is van groot belang voor de mate waarin de rechter het nemen van voorzorgsmaatregelen rechtmatig zal bevinden.¹⁷⁹

4.7

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

In het Verenigd Koninkrijk ontbreekt een grondwettelijke bepaling of beginsel dat ziet op de bescherming van het milieu en er is geen algemene milieukaderwet. Voorts kent het Verenigd Koninkrijk geen bijzonder rechtsregime of rechtsbeginsel voor de omgang met onzekere milieurisico's. De Engelse benadering lijkt vooral

¹⁷³ In milieuzaken gaat het met name om schendingen van artikel 2 (recht op leven: EHRM Öneriyildiz t. Turkije, 18 juni 2002) en artikel 8 (persoonlijke levenssfeer: EHRM Guerra t. Italië, 19 december 1998 en EHRM Gomez t. Spanje, 18 november 2004). Bij wege van de Human Rights Act 1998 is het EVRM van toepassing in het Verenigd Koninkrijk.

¹⁷⁴ Modernising Environmental Justice, a.w., p. 8.

¹⁷⁵ Als gezegd volgt dit uit het constitutioneel beginsel van de *Supremacy of Parliament*.

¹⁷⁶ Overigens concluderen Balzano en Sheppard (a.w., p. 359) op basis van rechtsvergelijkend onderzoek dat '[i]n summary, in the authors' view the essence of the precautionary principle is illogical, irrational, and rife with arbitrariness'.

¹⁷⁷ [2005] EWHC 3261.

¹⁷⁸ Ook de PPS 25 speelt in casu een rol.

¹⁷⁹ Antwoord van K. Morrow op vraag 10 van onze vragenlijst.

gericht te zijn op known risks, zij het dat in beleid inmiddels wel uitdrukkelijk verwezen wordt naar het precautionary principle. Het voorzorgsbeginsel wordt expliciet genoemd in de *UK Sustainable Development Strategy*, de *Planning Policy Statement 23 (Planning and Pollution Control)* en de *Planning Policy Statement 25 (Development and Flood Risk)*.

De wijze waarop bestuursorganen moeten omgaan met onzekere milieurisico's kan het best worden afgeleid uit milieubeleidsregels, in het bijzonder de *guidance documents* die aangeven op welke wijze milieuwetten dienen te worden geïmplementeerd in concrete casus. Zij vormen tevens een belangrijk – doch niet juridisch bindend – richtsnoer bij de quasi-rechterlijke (*tribunal*) en rechterlijke (*court*) controle op de milieubesluitvorming.

Het belang van de bescherming tegen een onzeker milieurisico zal het bestuursorgaan afwegen tegen andere belangen, met name economische. Dit leidt er in regel niet toe dat een voorgenomen activiteit wordt verboden. Het is veeleer gebruikelijk dat een milieuvergunning wordt verleend onder specifieke voorwaarden die zien op de beteugeling of het nader in kaart brengen van het onzekere milieurisico, zoals een nadere onderzoeksplicht.

De rechterlijke controle op de milieubesluitvorming is afstandelijk tenzij Europeesrechtelijke normen in het geding zijn. Op zich wordt er door de rechters in toenemende mate gerefereerd aan het voorzorgsbeginsel, echter, de status en wijze van uitwerking van het voorzorgsbeginsel in wetgeving en beleidsregels is vooral hetgeen dat richtinggevend is, ook voor de rechterlijke toetsing. Er zijn geen aanwijzingen dat de rechter het voorzorgsbeginsel algemeen als (ongeschreven) rechtsbeginsel toe zal passen.

HOOFDSTUK

5

Vergunningverlening
en alsnog intredende
milieuschade¹⁸⁰

5.1

INLEIDING

Zoals ook blijkt uit de drie voorafgaande hoofdstukken, leidt toepassing van het voorzorgsbeginsel er niet toe dat bij onzekere risico's in geen enkel geval een vergunning kan worden verleend. Het is immers mogelijk dat een bestuursorgaan na een verantwoorde afweging besluit dat een activiteit vergund mag worden, en dat dit vergunningbesluit, indien het wordt aangevochten, door de rechter rechtmatig wordt bevonden.

Echter, juist in het geval van een vergund onzeker risico zou milieuschade onverhoopt kunnen intreden. De vraag is in hoeverre in het vergunningbesluit reeds met die onzekere doch niet volstrekt uitgesloten omstandigheid om kan worden gegaan. Met het oog op het mogelijke gevolg kan worden overwogen om in de bij een vergunning behorende voorschriften reeds bepaalde voorzieningen te treffen. Te denken valt aan specifieke monitorings- en meldingsplichten, aan onderzoeksplichten, en aan een verplichting tot het stellen van financiële zekerheid door de vergunninghouder, om te garanderen dat er voldoende financiële middelen zijn voor het herstel of ter compensatie van eventuele milieuschade. De wetgever kan dergelijke instrumenten in de bevoegdheidsomschrijving voor vergunningverlening verwerken.

Dit hoofdstuk gaat uit van het gegeven dat het niet is uitgesloten dat na een zorgvuldig verlopen vergunningsprocedure, en bij naleving van de gestelde voorschriften toch ongewenste negatieve gevolgen intreden. Hier rijst natuurlijk de vraag wie de daaruit voortvloeiende schade zou moeten dragen. Het kan om vele verschillende schadevormen gaan: er kan sprake zijn van ecologische schade, eigendomsschade en andere economische schade, gezondheidsschade, en immateriële schade. De tijdspanne tussen het moment van vergunningverlening en intreden van de milieuschade kan klein of groot zijn; de schade kan zich onmiddellijk voordoen dan wel zich geleidelijk manifesteren.

¹⁸⁰ Datum afronding inhoudelijk onderzoek voor dit hoofdstuk is 9 maart 2007.

In dit qua omvang beperkte onderzoek concentreren we ons op schade aan het fysieke milieu, verder milieuschade genoemd. We verkennen enkele inzichten omtrent de vraag in hoeverre in het kader van vergunningverlening reeds voorzieningen kunnen worden getroffen inzake de te vergunnen onzekere milieurisico's. Natuurlijk is in dit verband ook de omvang van de vergunningverlenende bevoegdheid relevant: voorzover een vergunde activiteit tot (schadelijke) effecten leidt die uitdrukkelijk niet onder de reikwijdte van de bevoegdheidsomschrijving vallen, bestaat er in principe geen mogelijkheid voor het vergunningverlenende gezag om deze potentiële schade in de besluitvorming tot vergunningverlening te betrekken.¹⁸¹

De centrale vraag van dit hoofdstuk, namelijk of reeds ten tijde van de vergunningsprocedure wordt of zou moeten worden ingegaan op de vraag hoe met eventuele milieuschade die ontstaat door een vergund onzeker risico wordt omgegaan, is tot dusver nog weinig besproken. Tot op heden gaat de aandacht in de literatuur met name uit naar de vraag hoe aansprakelijkheidsclaims in het licht van het voorzorgsbeginsel civielrechtelijk geëffectueerd kunnen worden. De Sadeleer geeft bijvoorbeeld een zeer interessante beschouwing over de eventuele toepassing van het voorzorgsbeginsel in het aansprakelijkheidsrecht. Hij laat daarbij zien dat de "duty of care" bij situaties van schade door onzekere risico's zal worden uitgelegd als een plicht om redelijkerwijs aanvaardbare voorzorgsmaatregelen te nemen.¹⁸² Ten tweede is hij van mening dat de bewijslast voor de causaliteitseis versoepeld zou kunnen worden.

In het aansprakelijkheidsrecht zit dus zo mogelijk een plicht voor de veroorzaker besloten om redelijkerwijs aanvaardbare voorzorgsmaatregelen te nemen. Een veroorzaker zal zich dit moeten beseffen ten tijde van het verrichten van de handelingen, wil hij niet geconfronteerd worden met een claim. Het lijkt echter om verschillende redenen gewenst dat reeds ten tijde van vergunningverlening, waarbij een onzeker milieurisico wordt aanvaard, ook door het vergunningverlenend orgaan aandacht wordt besteed aan de vraag wie, bij eventuele schade, verantwoordelijk is. De idee hierbij is dat de aansprakelijkheidsvraag dan dus niet volledig wordt overgelaten aan het privaatrecht, maar reeds onderdeel vormt van het vergunningsproces.

Vanuit een overwegend Nederlands milieurechtelijk perspectief kunnen onder meer de volgende argumenten worden aangevoerd ter ondersteuning van de gedachte om tijdens de vergunningsprocedure de verantwoordelijkheid voor de onverhoopt intredende schade ten gevolge van een onzeker risico reeds in de overwegingen te betrekken:

- Een vergunning zoals bedoeld in hoofdstuk 8 Wet milieubeheer kan slechts worden geweigerd in het belang van de bescherming van het milieu (art. 8.10 Wm). Indien het mogelijk intreden van een milieurisico op goede gronden wordt aanvaard, dan zou het in het belang van de bescherming van het milieu zijn indien duidelijk is wie verantwoordelijk is voor het opruimen dan wel

¹⁸¹ Zie, naar Nederlands recht, art.3:4, eerste lid, Awb. Over de interpretatie van dit artikel, en het daarin vervatte specialiteitsbeginsel, bestaat verschil van mening.

¹⁸² Nicolas de Sadeleer, *Environmental Principles, From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford University Press, 2002, p. 211 en verder.

compenseren van de alsnog intredende milieuschade, en dat bovendien verzekerd is dat daarvoor voldoende financiële middelen beschikbaar zijn. Overigens ligt hier een belangrijke relatie met de (implementatie van) de richtlijn milieuaansprakelijkheid (zie verder §5.2).

- Ook uit oogpunt van een effectieve slachtofferbescherming zou gepleit kunnen worden voor aandacht in het vergunningsproces voor de regeling voor de verantwoordelijkheid voor de schade. Uiteraard kan dit alleen voor zover de eventuele negatieve gevolgen inderdaad in het kader van de bevoegdheid voor de vergunningverlening beoordeeld kunnen worden (zo nodig kan deze bevoegdheid worden uitgebreid).¹⁸³ Het stelsel van de Wm biedt vooralsnog, zo luidt de huidige interpretatie, geen grondslag voor de opvatting dat in bepaalde situaties een vergunning op grond van de wet zou moeten worden verleend onder gelijktijdig bieden van compensatie voor het eventueel financieel nadeel dat door derden wordt geleden.¹⁸⁴ Wel bestaat er een mogelijkheid om in het kader van de vergunningverlening voor daartoe aangewezen categorieën van inrichtingen een verplichting tot het stellen van een financiële zekerheid op te nemen, onder meer ter dekking van de aansprakelijkheid voor schade die voortvloeit uit door de inrichting veroorzaakte nadelige gevolgen voor het milieu.¹⁸⁵

Opgemerkt wordt dat bij de vergunningsprocedure niet alle toekomstige mogelijke slachtoffers van milieuschade betrokken kunnen zijn. Te denken valt aan burgers die ten tijde van het vergunningverleningsproces nog niet in de buurt van de inrichting wonen of werken. Voor dergelijke 'latere' belanghebbenden bestaat in principe de mogelijkheid om het bevoegd gezag tot actualisatie of intrekking van de vergunning te vragen.¹⁸⁶ Uiteraard zal een dergelijk verzoek slechts kunnen worden ingewilligd indien aan de in de wet omschreven omstandigheden wordt voldaan.

- Indien in de vergunning geen voorziening is getroffen omtrent de schade ten gevolge van een onzeker risico, dan zal aan de hand van het aansprakelijkheidsrecht moeten worden nagegaan of de milieuschade verhaald kan worden. Denkbaar is dat een gelaedeerde een claim indient bij de veroorzaker (het bedrijf) en / of de vergunningverlenende overheid. De vraag is of het geldende aansprakelijkheidsregime een effectieve bescherming biedt aan de potentiële slachtoffers, met name in het geval dat een vergunning het onzekere risico expliciet heeft toegestaan. Indien het besluit formele rechtskracht toekomt, zal de Nederlandse civiele rechter in principe van de rechtmatigheid

¹⁸³ Inmiddels is de definitie van het milieubegrip in art. 1.1, tweede lid, Wm aangepast. Zie Stb 2005, nr. 477.

¹⁸⁴ AB 15 december 2004, AB 2005/67, m.nt K.J. de Graaf. In artikel 15.20 Wm is slechts nadeelcompensatie voor de geadresseerde van een beschikking geregeld.

¹⁸⁵ Zie art. 8.15 Wm en het Besluit financiële zekerheid milieubeheer, Staatsblad 2003, nr. 71. Overigens rijst hier de vraag welke schadevormen hier precies onder kunnen vallen.

¹⁸⁶ Zie de artikelen 8.23 en 8.25 Wm. Zie over een verzoek om intrekking van een vergunning en het belanghebbende begrip bijvoorbeeld: AB RvS 27 december 2006, nr. 200603728/1, LJAN AZ5206, JB 2007, nr. 30, p. 191-193, m.nt MP.

van het besluit uitgaan. Bovendien kan een expliciet vergund risico een belangrijke rol spelen bij de vraag of de veroorzaker aansprakelijk kan zijn.¹⁸⁷

Om te voorkomen dat de schadevraag volledig naar de toekomst en uitsluitend naar het civiele recht wordt doorgeschoven, kan er voor worden gepleit om reeds ten tijde van de vergunningverlening de aansprakelijkheidsvraag zo goed mogelijk te behartigen uit een oogpunt van effectieve bescherming van het milieu, en uit een oogpunt van effectieve slachtofferbescherming.¹⁸⁸ Het is daarbij voorstelbaar dat in de wettelijke bevoegdheidsomschrijving voor vergunningverlening expliciet wordt opgenomen dat in een geval van vergunningverlening voor een onzeker risico voorschriften moeten worden opgenomen die regelen hoe met een niet verwachte maar desalniettemin toch intredende milieuschade moet worden omgegaan. Daarbij kan, naast het voorschrift om bij gebleken nadelige effecten de handeling zo spoedig mogelijk te staken, bijvoorbeeld worden gedacht aan de verplichting tot een financiële zekerheidsstelling voor het bedrijf. Anderzijds verdient ook de positie van de vergunninghouder, in het bijzonder diens rechtszekerheid, aandacht: welke waarde heeft een verleende vergunning in het kader van een mogelijke aansprakelijkheidsstelling? Kan dit bedrijf een vergunning- of een kennisverweer aanvoeren?

In hoofdzaak kunnen de volgende vragen worden gesteld:

- Biedt het wettelijk kader voor milieuvergunningverlening reeds specifieke voorzieningen voor eventueel intredende milieuschade ten gevolge van een vergund onzeker risico?¹⁸⁹ Welke voorzieningen zouden aangewezen zijn?
- Kan een bedrijf een vergunningenverweer en/of een kennisverweer aanvoeren indien een vergund onzeker risico intreedt? Met andere woorden, wie is bij een vergund onzeker risico aansprakelijk voor de alsnog intredende milieuschade?

Er is vanuit een oogpunt van slachtofferbescherming en milieubescherming aanleiding om de vraag wie de milieuschade zou moeten dragen expliciet te zien als een onderdeel van de publiekrechtelijke besluitvorming. Uitgaande van het 'de vervuiler betaalt' beginsel zou de exploitant in principe ook aansprakelijk moeten worden gehouden. De gedachte is dan dat juist reeds bij de vergunningverlening de gewenste voorzorgsmaatregelen (zoals monitoringsverplichtingen) worden voorgeschreven, en dat, in het verlengde daarvan, reeds in zekere mate wordt geregeld hoe met de eventuele schade die desalniettemin toch optreedt, zou moeten worden omgegaan, en dat tevens ook verzekerd wordt dat daarvoor voldoende financiële middelen zouden zijn.

¹⁸⁷ Zie hierover A.R. Neerhof, Aansprakelijkheden en draagplichten als een vergunninghouder conform de vergunning handelt: wie is de pineut? Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht, jaargang 24, april 2007, p. 138-148, m.n. p. 141.

¹⁸⁸ Daarnaast is het niet uitgesloten dat juist door een vergund onzeker risico al sprake is van schade, zoals de waardedaling van een huis. Dit is echter iets anders dan de vraag wie verantwoordelijk is voor de werkelijk ingetreden schade indien zich het onzeker risico voordoet.

¹⁸⁹ Typisch voor Nederland rijst de vraag in hoeverre bij het instrument van de "algemene regels" wordt omgegaan met onzekere milieurisico's, en, indien aan de orde, wie verantwoordelijk zou zijn voor intredende milieuschade als conform de algemene regels is gehandeld. Dit onderzoek beperkt zich nu tot de milieuvergunningverlening.

Uiteraard moet bij deze discussie de (ook vanuit het privaatrecht voortvloeiende) eigen verantwoordelijkheid van de potentiële veroorzaker om voldoende voorzorgsmaatregelen te treffen als belangrijk uitgangspunt worden genomen. In het algemeen wordt gesteld, dat het instellen van met name een vergunningenverweer afgeraden zou moeten worden vanwege het feit dat er dan een aanvullende prikkel voor schademijdend gedrag zou ontbreken. Het instellen van een vergunningenverweer zou bij uitzondering wel aanbevelingswaardig zijn indien sprake is van een hoge kwaliteit van publiekrechtelijke besluitvorming, waarbij alle mogelijke schadeaspecten zijn meegenomen in het vergunningbesluit.¹⁹⁰ De vraag is echter, of deze stelling ook verdedigd moet worden voor vergunde onzekere schade, waarmee welbewust een risico wordt gelopen.

Naar huidig Nederlands recht is de hoofdregel dat een vergunning geen vrijwaring voor aansprakelijkheid betekent, maar hooguit een belangrijke reflexwerking heeft, afhankelijk van de belangen die bij de besluitvorming moesten worden meegewogen en de concreetheid en onderbouwing van de voorschriften.¹⁹¹ Daarnaast zal, specifiek voor schade die valt onder de richtlijn milieuaansprakelijkheid, zeer waarschijnlijk de hoofdregel gaan gelden dat ook indien conform een vergunning wordt gehandeld, de overheid de door haar gemaakte herstelkosten van schade zal verhalen op de veroorzaker. Het inmiddels ingediende wetsvoorstel ter implementatie van de richtlijn milieuaansprakelijkheid geeft aan dat hiervan onder omstandigheden, op basis van een redelijkheidstoets, kan worden afgezien.¹⁹² De interpretatie van dit erg vage criterium zal nog veel voer voor juristen opleveren.

5.2

DE RICHTLIJN MILIEUAANSPRAKELIJKHEID: KENNIS EN VERGUNNINGENVERWEER ALS VRIJE KEUZE VOOR DE LIDSTATEN

De EU-lidstaten hadden reeds per 30 april 2007 de implementatie van de richtlijn milieuaansprakelijkheid gereed moeten hebben.¹⁹³ De richtlijn voorziet in een kader voor het voorkomen en herstellen van milieuschade. Onder het begrip milieuschade valt kort gezegd schade aan beschermde flora en fauna soorten, bijzondere natuurgebieden ("natuurlijke habitats"), wateren en bodem. Ingevolge deze richtlijn wordt voor nader omschreven beroepsactiviteiten een risicoaansprakelijkheid gevestigd voor milieuschade.¹⁹⁴ De exploitanten van

¹⁹⁰ Michael Faure (ed.), *Deterrence, Insurability, and Compensation in Environmental Liability*, Future Developments in the European Union, Tort and Insurance Law vol. 5, Springer Wien New York, 2003, p.334.

¹⁹¹ A.R. Neerhof, a.w., p. 148.

¹⁹² Zie voor de precieze tekst het wetsvoorstel, TK 30 920, nr. 3, art. 17.16, vierde lid.

¹⁹³ Richtlijn 2004/35/EG van het Europese Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende milieuaansprakelijkheid met betrekking tot het voorkomen en herstellen van milieuschade, Pb EU L 143/56, 30.4.2004. Zie uitvoerig over de richtlijn: Gerrit Betlem, Edward Brans (ed.) *Environmental liability in the EU. The 2004 Directive compared with US and Member State Law*, Cameron May Ltd 2006.

¹⁹⁴ Het gaat om de in bijlage III bij de richtlijn omschreven activiteiten. Artikel 8 stelt dat een exploitant de kosten draagt voor de overeenkomstig de richtlijn genomen preventieve en herstelmaatregelen; de

dergelijke activiteiten zijn gehouden om preventieve en herstelmaatregelen te nemen. Daarnaast kan de overheid ook zelf deze maatregelen treffen. Artikel 8 van de richtlijn behelst de verplichting dat in een dergelijk geval, behoudens uitzonderingen, de kosten worden verhaald op de veroorzaker.¹⁹⁵ Aan lidstaten wordt evenwel de mogelijkheid opengelaten om het bedrijfsleven het zogenaamde vergunningenverweer en het kennisverweer te laten gebruiken teneinde aansprakelijkheid voor de kosten van door de overheid uitgevoerde herstelmaatregelen niet te hoeven dragen.¹⁹⁶ Op dit punt kent de richtlijn dus geen harmoniserende werking; het is aan de lidstaten te besluiten om deze verweren in hun implementatiewetgeving op te nemen.

De richtlijn omschrijft de door de lidstaten mogelijk bij wet te regelen verweren als volgt: de exploitant hoeft geen kosten voor herstelmaatregelen te dragen indien hij niet in gebreke of nalatig is geweest, en de milieuschade is veroorzaakt door:

- a) een emissie of gebeurtenis die uitdrukkelijk is toegestaan op grond van, en geheel in overeenstemming is met de voorwaarden van, een vergunning die is verleend bij of krachtens de toepasselijke nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen welke uitvoering geven aan de in bijlage III genoemde wettelijke maatregelen van de Gemeenschap, als toegepast op de datum van de emissie of gebeurtenis;
- b) emissies of activiteiten of alle manieren waarop een product tijdens een activiteit wordt gebruikt waarvan de exploitant kan bewijzen dat die op grond van de stand van de wetenschappelijke en technologische kennis op het tijdstip dat zij plaatsvonden, niet als schadelijk werden beschouwd.

Kort gezegd is onder (a) het vergunningenverweer opgenomen, en onder (b) het kennisverweer. Gelet op de aan de lidstaten gelaten beslissingsvrijheid kan gekozen worden voor andere formuleringen.

Vergunningverweer en onzeker risico

De richtlijn milieuaansprakelijkheid vestigt een bijzondere relatie tussen de overheid (het in de implementatiewetgeving aangewezen bevoegde gezag) en de veroorzaker van milieuschade (de exploitant). Indien in een besluitvormingsprocedure voor vergunningverlening de aanvaardbaarheid van een onzeker risico uitdrukkelijk is overwogen, en de activiteit vervolgens onder voorschriften expliciet wordt toegestaan, dan is het voor de aansprakelijkheid van de exploitant cruciaal of er een vergunningverweer is opgenomen in de nationale milieuwetgeving. Mocht dat zo zijn, dan zou de exploitant niet verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor de kosten ten gevolge van de milieuschade die uitdrukkelijk is toegestaan, mits hij tevens ook niet in gebreke of nalatig is

overheid dient op deze exploitant de kosten te verhalen die zij in uit hoofde van de richtlijn heeft gemaakt. Hierop zijn diverse uitzonderingen van toepassing; voorts zijn de drempelwaarden voor milieuschade hoog. Voor schade aan de natuur door een andere beroepsactiviteit dan in bijlage III genoemd is een schuld aansprakelijkheid geregeld, zie artikel 3, eerste lid, sub b..

¹⁹⁵ De richtlijn bevat geen expliciete plicht dat de overheid dergelijke herstelmaatregelen treft.

¹⁹⁶ Zie artikel 8, vierde lid, van de richtlijn.

geweest.¹⁹⁷ Indien er echter geen vergunningverweer mogelijk is, dan zal de exploitant in principe gehouden zijn de kosten te dragen van de herstelmaatregelen.¹⁹⁸

Het is voorstelbaar dat de nationale wetgever een genuanceerde benadering kiest, en wellicht de mogelijkheid van het vergunningverweer alleen voor specifiek in de wet omschreven situaties laat gelden. Ook behoort het zelfs tot de mogelijkheden, dat de wetgever de keuze voor het mogen instellen van een vergunningverweer overlaat aan het bevoegd gezag voor vergunningverlening. Dat zou betekenen dat in de vergunning aangegeven moet worden of voor een uitdrukkelijk toegestane activiteit door de exploitant een vergunningverweer kan worden gevoerd voor zover het gaat om de aansprakelijkheid voor milieuschade. Indien echter het vergunningverweer wel wordt toegelaten, en als de activiteit met het onzeker risico uitdrukkelijk is toegestaan, dan kan het bedrijf niet verantwoordelijk worden gehouden voor de kosten van de herstelacties. Indien de overheid tot herstelmaatregelen overgaat, zal zij de kosten in dat geval zelf moeten dragen. Overigens ontbeert de richtlijn een expliciete opdracht aan de overheid om herstelmaatregelen zelf te ondernemen.¹⁹⁹

Kennisverweer en onzeker risico

Daarnaast staat het vrij aan de lidstaten om het kennisverweer mogelijk te maken. Indien een activiteit tengevolge waarvan milieuschade is ontstaan niet expliciet is toegestaan in de vergunning, en aldus een (in de nationale wetgeving geregeld) vergunningverweer niet kan worden gebruikt, kan het wel zo zijn dat een exploitant een eventueel kennisverweer voert (voorzover dit kennisverweer in de nationale milieuwetgeving is toegestaan).

Ook kan bij gebreke aan een wettelijk mogelijk gemaakt vergunningverweer kan het kennisverweer relevant zijn. Het feit dat het onzeker risico expliciet is vergund ontslaat de exploitant dan dus niet van aansprakelijkheid.

Het kennisverweer houdt in, dat een exploitant voor opgetreden milieuschade niet aansprakelijk is indien hij kan bewijzen dat emissies of activiteiten op grond van de stand van de wetenschappelijke en technologische kennis op het tijdstip dat zij plaatsvonden, niet als schadelijk werden bevonden. Er ligt als zodanig een belangrijke onderzoeksplicht en bewijsplicht bij de exploitant: bij ingetreden schade zal hij moeten aantonen dat ten tijde van het handelen de activiteit niet als schadelijk werd bevonden. De vraag die hier kan rijzen is: welke mate van zekerheid had er moeten zijn aangaande de aanname dat de activiteit niet schadelijk zou zijn? Welke specifieke inspanning had in deze van de exploitant mogen worden verwacht?²⁰⁰ Zou aangaande een vermoedelijk doch onbewijsbaar

¹⁹⁷ De richtlijn regelt evenwel niet de aansprakelijkheid voor 'andere schadevormen, zoals economische schade, gezondheidsschade en immateriële schade'. In dat laatste geval blijft de vraag open staan of een gelaedeerde het bedrijf aansprakelijk kan houden, ondanks de verleende vergunning.

¹⁹⁸ Ervanuitgaande dat geen van de andere uitsluitingsgronden van toepassing is.

¹⁹⁹ Zie in dat verband de kritiek van L. Krämer, Directive 2004/35/EC on Environmental Liability, in: Gerrit Betlem and Edward Brans (ed.), *Environmental liability in the EU. The 2004 Directive compared with US and Member State Law*, Cameron May 2006, p. 29-48.

²⁰⁰ Zie in deze zin Nicolas de Sadeleer, *Polluter Pays, Precautionary Principle and Liability*, in: Gerrit Betlem and Edward Brans (ed.), *Environmental liability in the EU. The 2004 Directive compared with US and Member State Law*, Cameron May 2006, p. 100.

schadelijk effect worden gesteld dat de exploitant er vanuit had moeten gaan dat deze activiteit toch als schadelijk werd beschouwd? Met andere woorden, heeft het voorzorgsbeginsel in deze ook consequenties voor partijen? Het zijn deze vragen die in het kader van kennisverweer bij een procedure tot kostenverhaal aan de orde kunnen komen.

Indien een lidstaat ervoor kiest de in artikel 8(4) van de richtlijn milieuaansprakelijkheid geregelde verweermogelijkheden niet in te stellen, ontstaat een verregaande risicoaansprakelijkheid voor de exploitant jegens de overheid. De exploitant is dan mogelijk aansprakelijk voor onzekere risico's, ook voor risico's die ten tijde van de handeling niet als schadelijk werden beschouwd en die geen onderdeel vormden van de uitdrukkelijke afwegingen in het kader van de vergunningverlening.

In essentie wordt via de richtlijn milieuaansprakelijkheid de weg geopend om een grote verantwoordelijkheid bij een bedrijf te leggen, in het bijzonder waar het gaat om onzekere risico's. Met name indien de verweren niet in de nationale milieuschaderegeling ter beschikking worden ingesteld, wordt deze verantwoordelijkheid benadrukt. Een bedrijf zal dan voorzorg betrachten om schade te voorkomen, of wellicht in het geheel niet willen overgaan tot de bewuste activiteit. Ook kan een bedrijf er bij voorbaat voor kiezen om in geval van eventueel optredende schade een actie tot kostenverhaal af te wachten, onder de wellicht bewuste aanvaarding van het feit dat er dan mogelijk niet voldoende middelen zullen zijn voor herstel.²⁰¹ Bij de uitvoering van de richtlijn milieuaansprakelijkheid zal vermoedelijk een belangrijke rechtsontwikkeling ontstaan toegespitst op de vraag hoe de aansprakelijkheid van exploitanten nu precies moet worden gezien.²⁰² Het gaat dan niet alleen om het vergunningenverweer en het kennisverweer, maar ook om de vraag wanneer een exploitant in gebreke of nalatig is geweest. Ook deze in art. 8 vierde lid opgenomen criteria (zie het hiervoor opgenomen tekstweergave) kunnen in het licht van het voorzorgsbeginsel worden geïnterpreteerd.²⁰³

Maar eerst is het een taak van de nationale wetgevers om in het kader van de implementatie van de richtlijn milieuaansprakelijkheid te bepalen of, en zo ja, op welke wijze het vergunningenverweer en het kennisverweer mogen worden aangevoerd. Het moge duidelijk zijn dat indien deze verweren worden mogelijk gemaakt, een zwaardere verantwoordelijkheid komt te liggen bij het bestuur, in het bijzonder de vergunningverlenende autoriteiten. De mogelijkheid van een vergunningenverweer impliceert dat de vergunning van hoge kwaliteit zal moeten zijn. De vraag die rijst is of de vergunningverlenende organen een activiteit

²⁰¹ De richtlijn verplicht niet tot financiële zekerheidsstellingen. Bocken lijkt niettemin toch een mogelijkheid te zien in artikel 8: Hubert Bocken 'Financial Guarantees in the Environmental Liability Directive: Next time better' in *European Environmental Law Review* (January 2006) 13–32.

²⁰² Voorts verdient vermelding dat in algemene zin in discussies over het voorzorgsbeginsel een zware verantwoordelijkheid voor producenten ook wel wordt bekritiseerd. Michael Faure en Ellen Vos, *Juridische afbakening van het voorzorgsbeginsel: mogelijkheden en grenzen*, Achtergrondstudie voor de Gezondheidsraad. A03/03, 24 juni 2003, p. 261.

²⁰³ Zie De Sadeleer, a.w. 2005, p. 98.

waarvan de effecten niet op voorhand onomstotelijk vaststaan, toch 'durven' toestaan, wetende dat dan bij milieuschade geen aansprakelijkheid voor de aanvrager kan worden gevestigd in verband met het dan te voeren vergunningenverweer. Wellicht dat de bestuursorganen hier een terughoudende rol gaan innemen, en derhalve restrictief zullen zijn met het toestaan van een onzeker risico. Uiteraard kunnen dergelijke beslissingen in het kader van de vergunningverlening inzake onzekere risico's (inclusief de weigering van een aanvraag) ter toetsing aan de bestuursrechter worden voorgelegd.

5.3

RECHTSVERGELIJKEND DEEL

5.3.1

INTRODUCTIE OP DE KERNVRAAG

Centraal staat de vraag hoe in het kader van het vergunningverleningsproces wordt omgegaan met de (toedeling van verantwoordelijkheid voor) eventuele toekomstige milieuschade ten gevolge van een onzeker risico. Aan deze vraag zijn vele aspecten verbonden, die in het bestek van dit inventariserend onderzoek niet allemaal en zeker niet uitvoerig behandeld kunnen worden. Bovendien is op dit punt nog nauwelijks literatuur voorhanden; er zal in deze nog verdere gedachtevorming moeten ontstaan. Deze studie beoogt daartoe een aanzet te geven.

De kernvraag is evenwel: wie kan aansprakelijk worden gehouden voor de intredende milieuschade tengevolge van een tijdens de vergunningverlening in aanmerking genomen onzeker risico? Om hier inzicht in te krijgen is aan buitenlandse experts de vraag gesteld wie verantwoordelijk zou zijn voor schade die na vergunningverlening optreedt, terwijl in de vergunning het onzekere risico is aanvaard. Bij de beantwoording van deze vraag wordt een verband gelegd met het nieuwe regime van de richtlijn milieuaansprakelijkheid, in het bijzonder de in de nationale wetgeving te maken keuze met betrekking tot een vergunningenverweer en/of een kennisverweer. In het navolgende komt derhalve de implementatie van de richtlijn milieuaansprakelijkheid door Duitsland, Engeland en Zweden aan bod, in het bijzonder op het punt van de verweren. Als bronnen zijn gebruikt de Duitse en Engelse wetgevingsdocumenten, en de antwoorden op de Duitse, Engelse en Zweedse questionnaires. Zweedse wetgevingsdocumenten zijn slechts gebruikt voor zover die in het Engels beschikbaar waren. Voor zover aanvullend van literatuur is gebruik gemaakt is dat in de voetnoten vermeld.

Het onderzoek is inventariserend van aard. Het moge duidelijk zijn dat voor een volledig begrip van het milieurecht en het aansprakelijkheidsrecht van de diverse landen een uitgebreide studie nodig zou zijn.

5.3.2

DUITSLAND

In beginsel wordt in het Duitse aansprakelijkheidsrecht (het Bürgerliches Gesetzbuch) uitgegaan van een schuldaansprakelijkheid.²⁰⁴ Daarbij wordt benadrukt dat van geval tot geval over de aansprakelijkheidsvraag geoordeeld wordt. Indien echter een mogelijk schadelijk effect ten tijde van de handeling niet kenbaar was gelet op de stand van kennis en techniek zal een aansprakelijkheid in beginsel niet gevestigd kunnen worden.²⁰⁵ Zoals hieronder zal blijken wordt in specifieke regelingen afgeweken van het principe van schuldaansprakelijkheid.²⁰⁶

In Duitsland is door de federale regering een wetsvoorstel aangenomen ter implementatie van de richtlijn milieuaansprakelijkheid. Dit wetsvoorstel voor een "Umweltschadengesetz" moet nog de parlementaire procedure bij de Bondsdag doorlopen. Het is de bedoeling dat deze wettelijke regeling uiteindelijk wordt opgenomen in het nog tot stand te brengen 'Umweltgesetzbuch'. In dat Umweltgesetzbuch worden ook milieubeginselen gecodificeerd, zoals het voorzorgsbeginsel. Het is daarbij een interessante vraag hoe de verantwoordelijkheid voor opgetreden schade tengevolge van een onzeker risico in het licht van die beginselen zal worden uitgelegd.

Naast het onderhavige wetsvoorstel is sinds 1990 de "Umwelthaftungsgesetz" van kracht. Dit is een privaatrechtelijk regime dat voor aangewezen gevaarzettende bedrijfsactiviteiten een risicoaansprakelijkheid regelt. Deze aansprakelijkheid is van toepassing op schade aan leven, lichaam, gezondheid en goederen. Deze wet kent dus een andere werkingssfeer dan de richtlijn milieuaansprakelijkheid. Volgens het 'Umwelthaftungsgesetz' is een bedrijf in principe aansprakelijk voor de genoemde schades, tenzij het kan aantonen "Bestimmungsgemäß" te hebben gehandeld.²⁰⁷ Vanwege dit criterium lijkt een verleende vergunning een aangrijpingspunt te zijn voor het vrijwaren van aansprakelijkheid. Belangrijk is voorts dat de bewijslast voor de causaliteitseis versoepeld is: de gelaedeerde hoeft geen absoluut bewijs te leveren over de oorzaak en gevolg relatie.²⁰⁸

²⁰⁴ Michael Rodi, Public Environmental law in Germany, in: René Seerden, Michiel Heldeweg, en Kurt Deketelaere, Public Environmental Law in the European Union and the United States, Kluwer Law international, p. 2002, p. 217-218.

²⁰⁵ Antwoord Jantje Struss op questionnaire vraag 14.

²⁰⁶ Zoals het "Wasserhaushaltsgesetz"; deze wet omvat een risico-aansprakelijkheidsregeling: Michael Faure (ed.), Deterrence, Insurability, and Compensation in Environmental Liability, Future Developments in the European Union, Tort and Insurance Law vol. 5, Springer Wien New York, 2003, p. 95. In het kader van de Duitse bodemwet speelt een verleende vergunning een vrijwarende rol, voor zover de bodemverontreiniging in een vergunning is geautoriseerd: E. Reh binder, A German Source of Inspiration? Locus Standi and Remediation Duties under the Spoil Protection Act, the Environmental Liability Act and the draft Environmental Code, in: Gerrit Betlem and Edward Brans (ed.), Environmental liability in the EU. The 2004 Directive compared with US and Member State Law, Cameron May 2006, p. 113.

²⁰⁷ Antwoord van ambtenaren op vraag 16. 'Bestimmungsgemäß' kan gelet op Van Dale Duits – Nederlands vertaald worden als: volgens de voorschriften. Hier is niet precies uitgezocht welke specifieke betekenis dit begrip heeft in het kader van onderhavige bepalingen.

²⁰⁸ Michael Faure (ed.), a.w. 21003, p. 97-98.

In het wetsvoorstel ter implementatie van de richtlijn milieuaansprakelijkheid is vooralsnog geen keuze gemaakt voor het instellen van een vergunningen- en kennisverweer voor de kosten van herstelacties: het wordt uitdrukkelijk overgelaten aan de staten om daarover te besluiten.²⁰⁹ De achterliggende reden is dat het instellen van de verweermogelijkheden financiële gevolgen kan hebben voor de staten. De staten kunnen voor een gedeeltelijke of volledige van toepassing verklaring van de verweren kiezen. In het wetsvoorstel ter implementatie van de richtlijn milieuaansprakelijkheid wordt op mogelijke onzekere risico's (of het voorzorgsbeginsel) niet expliciet ingegaan.

Aan de experts is gevraagd wie aansprakelijk zou zijn voor schade nadat een vergunning met een onzeker risico is verleend. De eerste vraag is of zich überhaupt zo een situatie kan voordoen: worden in het vergunningverleningsproces alle mogelijke onzekere risico's uitgesloten, of kan het toch zo zijn dat een vergunning met een onzeker risico wordt verleend? De beantwoording van de experts lijkt te bevestigen dat het na afweging mede op basis van proportionaliteit mogelijk is dat een vergunning wordt verleend voor een onzeker risico.²¹⁰

Voorts wordt het voor mogelijk gehouden dat bij een vergund onzekere risico niemand aangesproken zou kunnen worden voor de schade.²¹¹ In de eerste plaats zal bij een vergunningenverweer (indien mogelijk) het bedrijf niet aansprakelijk zijn. In het geval dat een schade zich ondanks een verleende vergunning en ondanks een correct nalevingsgedrag door de vergunninghouder toch optreedt, dan is de overheid mogelijk ook niet aansprakelijk.²¹² Dat zou wel het geval kunnen zijn indien van overheidswege tekortkomingen zijn opgetreden.

De indruk bestaat dat de vraag naar vraagstuk van aansprakelijkheid voor vergunde onzekere risico's nog nauwelijks aandacht heeft gekregen in het Duitse recht.

5.3.3

VERENIGD KONINKRIJK (ENGELAND)

Ook in Engeland wordt het voor mogelijk gehouden dat in het vergunningverleningsproces een onzeker risico wordt aanvaard, onder het stellen van voorzorgsmaatregelen in een vergunning.²¹³ Het aan de hand van een casusspecifieke afweging accepteren van het leven met risico's wordt zelfs expliciet onderkend in de "Guidelines for Environmental Risk Assessment and Management":

"There are no hard and fast rules on when to take action: each case has to be considered carefully. We may decide that a particular risk is so serious

²⁰⁹ Zie §9 van het wetsvoorstel, en de toelichting p. 56.

²¹⁰ Zie ook reeds het hiervoor opgenomen hoofdstuk inzake Duitsland (hoofdstuk 2).

²¹¹ Antwoord van Struss op questionnaire vragen 14 en 16. Vergelijk in dit verband ook Michael Faure (ed.), a.w. p. 334.

²¹² Dat ligt mogelijk anders indien de overheid bijvoorbeeld geen toezicht heeft gehouden of een aanwijsbare fout hebben gemaakt. Antwoord Struss op questionnaire vraag 14.

²¹³ Antwoord van Karen Morrow op questionnaire vraag 9.

that it is not worth living with. In other cases society will be prepared to live with a risk because of other benefits it brings.”²¹⁴

Over de vraag wie eventuele schade zou moeten dragen in het geval een risico wordt geaccepteerd, is vooralsnog geen informatie gevonden. In de bestudeerde Engelse documenten wordt op deze vraag niet expliciet ingegaan.

In het Engelse ‘common law’ systeem wordt uitgegaan van een schuldaansprakelijkheid (fault-based liability). In de jurisprudentie is in zekere mate een risico-aansprakelijkheid voor eigendomsschade ten gevolge van milieuverontreiniging gevestigd, maar deze beperkt zich tot voorzienbare schade.²¹⁵ In specifieke milieu(aansprakelijkheids)regelingen wordt een vergunningenverweer doorgaans niet aanvaard. Zo is er voor bodemverontreiniging sinds 1995 een wettelijk regime van kracht waarmee een retro-actieve risicoaansprakelijkheid wordt gevestigd: een landeigenaar is gehouden om historische vervuiling op te ruimen.²¹⁶

Met betrekking tot de implementatie van de richtlijn milieuaansprakelijkheid is door Defra een consultatieprocedure gestart.²¹⁷ Een van de voor dit onderzoek geraadpleegde experts verwacht, onder verwijzing naar een eerder gehouden consultatie, dat de richtlijn milieuaansprakelijkheid van weinig toegevoegde waarde zal zijn, omdat de bestaande aansprakelijkheidsregimes op vele onderdelen verder gaan dan de richtlijn milieuaansprakelijkheid.²¹⁸ Bovendien vermoedt de regering dat er maar een beperkt aantal gevallen onder de werkingssfeer van de richtlijn zullen vallen. In het in november 2006 gepubliceerde consultatiedocument wordt voorgesteld dat de verweren met name zouden moeten worden overwogen voor nieuwe aansprakelijkheden die de richtlijn meebrengt ten opzichte van het bestaande nationale recht.²¹⁹ Met name de verplichting tot het uitvoeren van complementaire en compenserende herstelmaatregelen wordt als additioneel gezien. Een van de belangrijke argumenten pro een vergunningenverweer en een kennisverweer is dat daarmee de rechtszekerheid voor een vergunninghouder wordt versterkt.

²¹⁴ Zie <http://www.defra.gov.uk/environment/risk/eramguide/02.htm> (bezoekt op 28 november 2006)

²¹⁵ Ook Michael Faure (ed.), a.w. 2003, p. 84.

²¹⁶ Michael Faure (ed.), a.w. 2003, p. 87-88. Zie ook Defra, The Environmental Liability Directive: Consultation for options for implementing the Environmental Liability directive, Defra, november 2006, p. 40.

²¹⁷ Zie <http://www.defra.gov.uk/environment/liability/index.htm#1> (bezoekt op 28 november 2006).

²¹⁸ Informatie van Karen Morrow, 28 november 2006 (dossier onderzoekers).

²¹⁹ Deze gedachte leeft ten aanzien van Engeland en Noord-Ierland; voor Wales wordt een afwijkend standpunt ingenomen, te weten geen vergunningenverweer waar het specifiek gaat om activiteiten met genetisch gemodificeerde organismen. Defra, Brief guide to the essential features of the Directive and to the options and proposals, november 2006, p. 4. en p. 8. Zie uitgebreider Defra, The Environmental Liability Directive: Consultation for options for implementing the Environmental Liability directive, Defra, november 2006, p. 40.

In het consultatiedocument wordt op aansprakelijkheid voor milieuschade ten gevolge van een onzeker milieurisico niet expliciet ingegaan. Het kennisverweer wordt bovendien maar heel kort behandeld.

5.3.4

ZWEDEN

Ook in Zweden behoort het tot de mogelijkheden dat een vergunning wordt verleend ondanks het feit dat er een onzeker risico is. In zo een geval wordt bijvoorbeeld gebruik gemaakt van monitoringsverplichtingen. Voor zover bekend, wordt in de Engelstalige literatuur over het Zweedse milieurecht niet ingegaan op de mogelijkheid dat in het vergunningverleningsproces reeds een regeling wordt gegeven die ziet op de aansprakelijkheid bij intredende schade van een vergund onzeker risico.

Echter, zoals eerder is vermeld in het hoofdstuk over Zweden, wijdt de Miljöbalken expliciet aandacht aan de mogelijkheid van onzekerheid. De wet bevat een aantal bepalingen hoe daarmee kan worden omgegaan bij de vergunningverlening.

In de eerste plaats wordt het vergunningverlenende orgaan, de milieurechtbank, opgedragen om, waar aangewezen, onder meer de volgende voorzieningen te treffen bij de vergunningverlening:

- bepalingen inzake de aansprakelijkheid voor compensatie, en voor preventieve maatregelen (art. 22:25(4));
- de periode gedurende welke claims voor onvoorzienbare schade kunnen worden ingediend (art. 22:25(12)).

Deze bepalingen zien alleen op vergunningen in het kader van waterverontreinigende activiteiten.²²⁰ Opvallend is dat uitdrukkelijk de mogelijkheid van onvoorzienbare schade wordt genoemd, en dat aangegeven moet worden gedurende welke tijd een claim kan worden ingediend. Hier lijkt dus een mogelijkheid aanwezig te zijn voor het verhaal van schade tengevolge van een onzeker risico. Natuurlijk doet dit een aantal vragen ontstaan, zoals:

- Voor welke schadesoorten (milieuschade, eigendomsschade) kan een claim worden ingediend?
- Onder welke omstandigheden moet een claim worden gehonoreerd? Speelt verwijtbaarheid van de zijde van de veroorzaker een rol? Welke rol speelt in dit verband de in een vergunning opgenomen toestemming om een activiteit, die later schadeveroorzakend blijkt te zijn, te ondernemen?

Ook is, zonder aanvullend bronnenmateriaal, niet helemaal duidelijk wat de mogelijkheden zijn in het kader van de “aansprakelijkheid voor compensatie”. We begrijpen dat in de vergunning een schadevergoedingsmogelijkheid jegens derdebelanghebbenden wordt geregeld.

Ten tweede is er een bepaling gewijd aan de mogelijkheid dat de gevolgen van een activiteit niet met voldoende zekerheid kunnen worden geschat (art. 22:27). In dat

²²⁰ Volgens de geraadpleegde Zweedse milieujurist.

geval *mag* de milieurechtbank de beslissing betreffende compensatie en andere voorwaarden aanhouden totdat informatie over de gevolgen van de activiteit beschikbaar komt. De vergunning kan dan wel worden verleend, doch een specifieke beslissing over compensatie et cetera wordt dan aangehouden. Niettemin is het wel nodig om in zo een geval provisionele maatregelen te treffen terzake mogelijke aanmerkelijke schade. Deze maatregelen kunnen bestaan uit compensatiemaatregelen (waaronder we verstaan vergoeding van schade bij derden) dan wel beschermende maatregelen, waaronder voorzorgsmaatregelen.

Indien van de mogelijkheid tot uitstel van besluitvorming gebruik wordt gemaakt, dient de vergunninghouder een financiële waarborg te realiseren, die bij het bestuur gestort moet worden. Deze financiële waarborg is zelfs een voorwaarde om van de vergunning gebruik te mogen maken. Een compenserende uitkering aan gelaedeerden zal niet plaatsvinden voordat van de vergunning daadwerkelijk gebruik wordt gemaakt.

Voorts zijn er een aantal andere relevante bepalingen:

- In aanvulling op het gewone burgerlijke recht, en klaarblijkelijk ook in aanvulling op het hierboven beschreven regime voor vergunningverlening, geeft de “Miljöbalken” in deel 7 een algemene regeling voor schadevergoedingsacties van particulieren indien zij door milieuverontreiniging schade lijden. Dit regime omvat aansprakelijkheid voor activiteiten die gezondheidsschade, eigendomsschade en financiële schade veroorzaken. Voor sommige schades, zoals schade door waterverontreiniging, heeft de vergunning een vrijwarende werking (maar zoals we hebben gezien, kunnen in de vergunning zelf bepalingen inzake compensatie zijn opgenomen). Net zoals het geval is bij de Duitse milieuaansprakelijkheidswet (Umwelthaftungsgesetz) is er een versoepeling van de causaliteitseis: de gelaedeerde hoeft geen exact bewijs te leveren.²²¹
- Voorts biedt de wet een regeling voor de compensatie voor toekomstige eigendomsschade.²²² Op verzoek kan de omvang van toekomstige schade worden bepaald, waarvoor dan jaarlijks gecompenseerd moet worden. Er moet daarvoor sprake zijn van een “reasonable cause”. Het vastgestelde schadebedrag kan vanwege gewijzigde omstandigheden worden bijgesteld.
- Daarnaast bevat de wet een financiële zekerheidsregeling ter compensatie van milieuschade. Daarbij wordt een verplichte verzekering mogelijk gemaakt.²²³

Tot slot wordt hier gemeld dat in het Zweedse milieurecht de mogelijkheid van een tijdelijke vergunning een belangrijke rol speelt, ook wel te zien als een “proeftijdvergunning”.

Over de implementatie van de richtlijn milieuaansprakelijkheidsrecht in Zweden is vooralsnog geen bruikbaar bronnenmateriaal beschikbaar.

²²¹ Miljöbalken, deel 7, artikel 32:3.

²²² Miljöbalken, deel 7, artikel 32: 9.

²²³ Miljöbalken, deel 7, artikel 33:1.

5.4

AFSLUITING

Zowel in Duitsland, Engeland als Zweden behoort een vergunning voor een onzeker milieurisico in beginsel tot de mogelijkheden. De vraag wie aansprakelijk of verantwoordelijk zal zijn indien de schade alsnog onverhoopt optreedt blijkt met name in Zweden in enige mate aandacht te hebben, met name ook in de sfeer van aan water gerelateerde activiteiten. In de Miljöbalken wordt in dat verband expliciet ingegaan op de mogelijkheid van onzekerheid van de gevolgen, en in relatie daarmee, het vaststellen van een compensatieregeling en andere maatregelen.

Bij de implementatie van de richtlijn milieuaansprakelijkheid blijkt in Duitsland en Engeland niet of nauwelijks aandacht te worden besteed aan de rol van de verweren in relatie tot een onzeker risico, en aan de vraag hoe de bepalingen van de richtlijn moeten worden uitgelegd in het licht van het voorzorgsbeginsel. Ook in de literatuur wordt daarop tot dusver slechts nauwelijks ingegaan.

In Duitsland bestaat het voornemen om de milieuschaderegeling in het Umweltgesetzbuch op te nemen, hetgeen impliceert dat er een algemeen gecodificeerd voorzorgsbeginsel is in de wet waarin ook de aansprakelijkheid voor milieuschade is geregeld. Het is vooralsnog niet duidelijk hoe de bepalingen uit deze richtlijn geïnterpreteerd zullen worden in het licht van het Europeesrechtelijke en het Duitse voorzorgsbeginsel. Wel is het interessant de toekomstige ontwikkelingen in deze ter lering te volgen.

Het wordt niet uitgesloten geacht, dat naar Duits recht geen aansprakelijkheid gevestigd kan worden voor schade ten gevolge van een vergund onzeker risico. Voor de andere rechtstelsels kan dit op basis van onderhavig onderzoek niet zo hard worden vastgesteld. Zweden bevat, zoals gezegd, juist een regeling om reeds ten tijde van de vergunningverlening de compensatie voor mogelijke schade (gerelateerd aan water) bij de besluitvorming te betrekken.

De Zweedse wettelijke voorzieningen zouden tot inspiratie kunnen dienen voor andere wetgevers. Immers, vanuit een oogpunt van milieubescherming (herstel van milieuschade) en effectieve slachtofferbescherming verdient het aanbeveling reeds ten tijde van de vergunningverlening na te denken over het omgaan met onverhoopt intredende schades ten gevolge van een vergund onzeker risico. De Zweedse regeling verplicht het bestuur om reeds ten tijde van de vergunningverlening (voor wateractiviteiten) een eventuele compensatieverplichting te regelen. In geval van onzekerheid over de gevolgen, mag deze beslissing worden uitgesteld, mits provisionele maatregelen waaronder een waarborgsom worden getroffen.

Daarnaast komt naar voren dat het instrument van de tijdelijke vergunning als een geschikte benadering wordt gezien voor het omgaan met onzekere risico's.

HOOFDSTUK

6 Bestuurskundige analyse, in het bijzonder betreffende het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten

6.1

INLEIDING

Dit deel richt zich op een internationale vergelijking van de organisatie van de deskundigeninbreng in milieubesluitvorming. In het bijzonder zal worden gekeken naar de milieuvergunningverlening en wel het stadium waarin de milieuvergunning voorgelegd wordt aan de bestuursrechter of vergelijkbare instituten, dus in de fase van beroep.

Wat bedoelen we met de organisatie van de inbreng van deskundigen? Het gaat ons met name om de volgende vragen: aan wie richten deskundigen hun inbreng (rechter of quasi-rechter), op welk moment is hun inbreng gewenst, waar is de deskundigheid organisationeel geplaatst (bij de rechter, bij een ministerie, elders), hoe wordt de deskundigheid ingebracht (schriftelijk, mondeling) en op grond waarvan (eigen onderzoek, bestaande bronnen), is er kans voor betrokkenen om 'tegendskundigheid' in te brengen, en langs welke weg worden tegenstrijdige deskundigenmeningen bijeen gebracht en is het deskundigenoordeel bindend of niet?

Waarom willen wij deze vragen bestuderen? Wij verwachten een groeiende maatschappelijke aandacht voor de manier waarop de milieubesluitvorming is geregeld. Door een toenemend opleidingsniveau en door toename van de vergrijzing zullen in de toekomst meer mensen dan op dit moment tijd willen vrijmaken voor publieke besluitvorming. Daarnaast wordt Nederland voller en is er een afname waarneembaar van de bereidheid om overlast van anderen te accepteren en de overheidsbeslissingen over eventueel verstorende activiteiten te aanvaarden. Het is het niet ondenkbaar dat bepaalde ontwikkelingen die elders zichtbaar zijn ook in zekere vorm in Nederland opduiken. Het gaat dan bijvoorbeeld om de zogenaamde 'environmental justice' beweging (gericht op de verdeling van milieulusten en lasten), de voortgaande juridisering van het bestuur en de zogenaamde 'science wars' waarbij belangengroepen elkaar bestrijden met elk hun eigen deskundigheid.

Al deze ontwikkelingen zullen ertoe kunnen leiden dat er meer gebruik gemaakt zal gaan worden van de mogelijkheid tot rechterlijk beroep maar ook dat de organisatie en functioneren van dat beroep –inclusief de deskundigen inbreng– in sterkere mate onder het vergrootglas komen te liggen. De ervaringen elders wijzen uit dat het verkrijgen van ‘closure’, dat wil zeggen een geaccepteerde afronding van de discussie, erg moeilijk kan zijn, mede omdat men niet overtuigd is van de accurate opzet van de procedures. De criteria die bij de beoordeling van beroepsprocedures gebruikt worden zullen variëren, maar eisen als transparantie, onafhankelijkheid en bewezen deskundigheid zullen zeker meespelen. Zaken als toegankelijkheid en de kans om tot daadwerkelijke uitwisseling van argumenten te komen zullen ook belangrijk zijn.

Tegen deze achtergrond is een verkenning van de manier waarop andere landen de inbreng van deskundigheid in het stadium van beroep tegen vergunningen hebben georganiseerd interessant. Anders dan in het juridisch deel is daarbij ingezet op een bespreking van de situatie in het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten, waarbij in verband met de consistentie met eerdere delen van het project Onzekere Risico's, specifiek is gezocht naar literatuur die in gaat op de besluitvorming omtrent afvalinstallaties. In eerste instantie was het doel het bestuurskundige deel op het Verenigd Koninkrijk, Duitsland en Zweden te richten, maar voor Duitsland en Zweden bleek nauwelijks Engelstalig materiaal over deze materie beschikbaar, ook niet na contacten met collega onderzoekers in die landen. Ook het aanschrijven van diverse deskundigen in de academische wereld had geen effect. Om toch een breed spectrum aan alternatieve organisatievormen te kunnen laten zien is daarom besloten om Duitsland te vervangen door de Verenigde Staten, het land waar de zojuist geschetste ontwikkelingen als science wars en de opkomst van de environmental justice beweging al in volle omvang bezig zijn.

6.2

HET VERENIGD KONINKRIJK (VK)

Algemeen

In het Verenigd Koninkrijk is beroep bij de rechter mogelijk inzake milieuvergunningen, maar het is tamelijk uitzonderlijk dat het daartoe komt, onder andere door hoge financiële drempels in de toegang naar de rechter, een voorttoets en tamelijk beperkt geformuleerde acceptabele gronden voor beroep²²⁴. In de praktijk is administratief beroep het eindstadium van de besluitvorming.

Dat administratief beroep kan drie vormen aannemen: een schriftelijke uitwisseling van argumenten (73% van de beroepen), een hoorzitting (“hearing”,

²²⁴ Environmental Justice Project, *A Report by the Environmental Justice Project*, Londen, 2004. Internet (zoals aangetroffen in November 2006, [http://www.ukela.org/Downloads/Environmental%20Justice%20Report%20\(Environmental%20Justice%20Project\).pdf](http://www.ukela.org/Downloads/Environmental%20Justice%20Report%20(Environmental%20Justice%20Project).pdf); Grant, M., *Memorandum to the Study Committee on the Planning Inspectorate and Public Inquiries*, Londen (The United Kingdom Parliament, House of Commons Select Committee on Environment, Transport and Regional Affairs, HC 364-II, PI 34), 2000; Moore, V., *A practical approach to planning law*, Londen (Blackstone), 1997.; Ball, S. en S. Bell, *Environmental Law. The law and policy relating to the protection of the environment*, Londen (Blackstone), 1995 (derde editie).

19% van de beroepen) en een zogenaamde “public inquiry” (8% van de beroepen). Bij meer ingewikkelde gevallen, zoals in dit rapport verondersteld, wordt er een public inquiry gehouden. De inquiry is een quasi-rechterlijke procedure, hetgeen betekent dat de gang van zaken in veel opzichten lijkt op een rechtszaak, maar dat het er iets informeler aan toe gaat. De bepalende figuur in een inquiry (maar ook bij hoorzittingen en schriftelijk afdoening) is de “planning inspector”. Er zijn in het VK ongeveer 400 planning inspectors²²⁵. Organisationeel zijn ze ondergebracht bij een ministerie, maar ze houden thuis kantoor. Planning inspectors worden in sterke mate gerekruteerd onder oud leger officieren en hebben vaak een technische achtergrond²²⁶. In een aantal gevallen wordt de Planning Inspector bijgestaan door een Technical Assessor, iemand die gespecialiseerd is in de betreffende materie²²⁷.

Zowel in het milieu- als in het ruimtelijke ordeningsrecht kent men het instrument van de inquiry. In de praktijk verschillen beide systemen niet sterk van elkaar en hebben inquiries zowel op milieu als op r.o. aspecten (‘planning permission’) betrekking. Deze menging wordt institutioneel bevorderd door het feit dat de Milieu effect rapportage in het VK gekoppeld is aan r.o. procedures en niet aan de verlening van milieuvergunningen. Er zijn overigens wel voorbeelden van projecten waarbij zowel de planning permission als de milieuvergunning onderwerp werden van een inquiry²²⁸.

Inquiries kunnen worden begonnen op langs twee verschillende routes. De eerste is een verzoek van de aanvrager van de vergunning, de tweede is een beslissing van de betreffende minister (de Secretary of State). De eerste soort inquiry treedt in feite alleen op wanneer een vergunning geweigerd wordt en de aanvrager aanstuurt op een confrontatie met het bestuursorgaan dat verantwoordelijk is voor de vergunningverlening. Het recht op beroep is min of meer exclusief bij de vergunningaanvrager neergelegd vanwege de in Engeland gangbare “bias in favour of the developer”²²⁹ (Ball en Bell, 1995). Omdat in het VK de overheid in principe geacht wordt medewerking te verlenen aan ontwikkelaars is het weigeren van een vergunning of het opleggen van voorwaarden gebonden aan eisen van noodzakelijkheid. In een inquiry kan de vergunningaanvrager de noodzaak van regels in de vergunning of de weigeringsgronden ter discussie stellen. De tweede soort inquiry kan optreden wanneer de Minister gronden ziet om een verleende vergunning ter discussie te stellen. Dit heet ‘calling in’ en het al dan niet ‘binnen roepen’ van een vergunning is een discretionaire bevoegdheid van de Minister. In de praktijk wordt deze bevoegdheid gebruikt om vergunningen met beleidsimplicaties (in een enkel geval worden vergunningaanvragen in dit verband

²²⁵ House of Commons Select Committee on Environment, Transport and Regional Affairs, *The Planning Inspectorate and Public Inquiries. The work of the Planning Inspectorate*, Londen (HC 364-I en II), 2000.

²²⁶ Barker, A. en M. Couper, *The art of quasi-judicial administration. The planning appeal and inquiry systems in England*, in: *Urban Law and Policy*, 1984 (vol. 6), p.p. 363-476.

²²⁷ Ibid.

²²⁸ Zie o.a. Huitema, D. *Hazardous decisions. Hazardous waste facility siting in the UK, the Netherlands and Canada: Institutions and discourses*, Dordrecht (Kluwer Academic Publishers), 2002, 510 pp.

²²⁹ Ball, S. en S. Bell, *Environmental Law. The law and policy relating to the protection of the environment*, Londen (Blackstone), 1995 (derde editie).

aan elkaar gekoppeld en in een inquiry samengevoegd) en om maatschappelijk sterk omstreden vergunningen open te stellen voor bezwaar. Maatschappelijke organisaties, maar ook Parlementsleden, kunnen de minister verzoeken om een inquiry in te stellen.

Aan wie richten deskundigen hun inbreng?

In het inquiry systeem schrijven de deskundigen in eerste instantie rapporten voor hun opdrachtgevers. De rapporten worden vervolgens gebruikt om de positie van die opdrachtgever te ondersteunen, maar de tegenpartij krijgt de kans om hier op te reageren en tegenargumenten te verzinnen. In het inquiry proces is de Planning Inspector degene die overtuigd moet worden van een bepaalde mening. De Planning Inspector stuurt de discussie actief. Op wezenlijke punten zal de Inspector de deskundigen dwingen om tot een gezamenlijke positie te komen; dit doet de Inspector door standpunten van deskundigen met elkaar te confronteren. Er is enige discussie geweest over de vraag of de Inspector zelf een deskundige in de materie zou moeten zijn, maar daar is the regering niet van overtuigd *“it is not necessarily a disadvantage for an Inspector not to be an expert, and many cases would call for a wide range of expertise not to be found in one person”*.²³⁰

Op welk moment is hun inbreng gewenst?

Hoewel het VK ook een systeem van milieu effect rapportages kent en de uitkomsten van de milieu-effectrapportage een rol spelen in inquiries, zullen betrokken partijen de vraagstelling van de Minister interpreteren als een indicatie van kennislacunes die voor de minister van belang zijn in de besluitvorming. Er zal daarom in het algemeen aanvullend onderzoek gedaan worden. Omdat de inquiry een interactief proces is wordt tijdens de inquiry ook onderzoek gedaan, waarbij men zal pogen om nieuwe argumenten van de tegenstanders onderuit te halen door middel van zogenaamde ‘rebuttals’.

Waar is de deskundigheid organisationeel geplaatst?

De deskundigheid waarop de inquiry zich baseert is afkomstig van de inquiry partijen zelf. Zij dienen de financiële middelen bijeen te vergaren om experts in te huren. Betrokken partijen hebben in het algemeen bijstand van een gespecialiseerde advocaat nodig en verder worden -al naar gelang de vraagstelling het vereist- specialistische adviesbureaus ingehuurd (bijvoorbeeld op verkeer en vervoersgebied, externe risico's, etc). De overheid ziet voor zichzelf hierin geen taak. Uiteraard zijn de Planning Inspectors wel in overheidsdienst. Zij zijn hier het noemen waard vanwege twee redenen. In de eerste plaats doen de Inspectors zelf ook onderzoek ter plaatse en de resultaten daarvan wegen ze mee in hun advisering. Het kan daarbij gaan om observaties ten aanzien van horizonvervuiling, maar de Inspector kan ook zelf de vogelstand waarnemen. De observaties van de Inspector worden pas openbaar bij het verschijnen van zijn aanbevelingsrapport. Een tweede punt dat op te merken valt is dat er bewust keuzen zijn gemaakt in de manier van werken van Inspectors, die maken dat er

²³⁰ Regeringsreactie op het evaluatierapport van het Planning Inspectorate. Gevonden op www.communities.gov.uk/index.asp?id=1143711

een perceptie van onafhankelijkheid ontstaat. Zo werken zij van huis uit en hebben geen kantoor op het Ministerie of de 'regional offices' van de landelijke regering.

Is er kans voor betrokkenen om 'tegendeskundigheid' in te brengen?

De inquiry vindt meestal plaats op lokatie en de betrokken partijen huren gespecialiseerde advocaten en deskundigen in. Ook actiegroepen en lokale bewoners kunnen zich aanmelden voor deelname aan een inquiry en hun verzoek tot deelname wordt in principe nooit afgewezen. De kosten voor deelname aan de inquiry dienen ze zelf te dragen. In het geval van vergunning aanvragers en lokale overheden is het benodigde geld hiervoor meestal geen probleem, maar voor actiegroepen of gewone burgers kan dit wel een kwestie worden. Vaak doen actiegroepen een beroep op de lokale overheid om hen te subsidiëren (hetgeen tot woede van de vergunningaanvragers regelmatig ook toegekend wordt) en men gaat ook vaak over tot geldinzamelingactiviteiten.

Het Inquiry model moet gezien worden in de bredere context van besluitvormingscultuur. De al genoemde "bias in favour of the developer" is representatief voor de manier waarop in het VK tegen risico's wordt aangekeken. De formulering van milieuregels is zodanig dat als basisprincipe maatschappelijke activiteiten toegestaan worden. De regels geven vervolgens het recht aan de overheid om die vrijheid in te perken, mits dat goed gefundeerd gebeurt. De operationele uitwerking van de fundering van regels wordt in het algemeen overgelaten aan commissies van deskundigen, waarbij in het VK een cultuur bestaat van consultatie met het bedrijfsleven en een zware weging van economische aspecten. In deze commissies vindt de werkelijke milieuregulering plaats en wordt in materiële zin bepaald welke normen en standaarden gehanteerd worden. Deze normen zullen in een inquiry wel besproken kunnen worden, maar worden niet licht terzijde geschoven. Relevant is verder nog dat er in het VK een sterke traditie is om alle gevallen individueel te behandelen. Dat betekent onder andere dat algemene regels, zoals bijvoorbeeld neergelegd in een bestemmingsplan, altijd flexibel toegepast moeten worden, met oog voor de omstandigheden in het individuele geval. Bestemmingsplannen zijn in die zin altijd "indicatief" en vormen niet meer dan een (belangrijke) overweging in de besluitvorming.

De Inquiries draaien vaak om de interpretatie van bestemmingsplanregels, en milieunormen en -standaarden: welke norm is van toepassing, wat is de concrete betekenis van die norm in een bepaald geval, en zal aan de norm voldaan worden. Het voorzorgsbeginsel heeft in deze afwegingen traditioneel een zeer beperkte rol. Huitema beschrijft een van de eerste cases in het VK waar het Environment Agency (EA) het voorzorgsbeginsel inbrengt in een Inquiry²³¹. Het EA was uit op de blokkade van een afvalstort in een oude mijn vanwege de kans op vervuiling van het grondwater in het plaatsje Rotherham. Hoewel deze stort uiteindelijk geen planning permission kreeg, speelde het voorzorgsbeginsel hierin geen rol. De Planning Inspector overwoog dat het voorzorgsbeginsel geen omkering betekende

²³¹ Huitema, D. *Hazardous decisions. Hazardous waste facility siting in the UK, the Netherlands and Canada: Institutions and discourses*, Dordrecht (Kluwer Academic Publishers), 2002, p. 206-226.

van 'the normal presumption in favour of development [...]. Nor, in this case do I consider that it requires a special approach to the proposal.'. De Inspector erkende een zekere mate van wetenschappelijke onzekerheid, maar stelde dat die afgewogen moest worden in het brede plaatje: 'It is recognised that scientific knowledge may not be conclusive. Nevertheless, the likely costs of potential pollution along with other environmental costs can be balanced against the benefits in the decision to be made. Within this balance must also be a consideration of the probability of harm accruing.' Daarom vond hij op zichzelf een beschouwing van het voorzorgsbeginsel en de betekenis ervan voor de case niet aan de orde²³². De strategie van de Inspector om toch tot een besluit te komen is meerledig: (1) hij bediscussieert de wel aanwezige kennis en probeert op basis daarvan te beoordelen of daar afzonderlijke afwijzingsgronden in liggen (2) hij weegt de omvang van de onzekerheden, (3) hij weegt de status van de diverse aanwezige beleidslijnen. Deze strategie betekent dat er ondanks enkele kennislacunes toch op basis van een algemeen beeld van de case en van toepassing zijnde beleidslijnen besloten kon worden.

Is het deskundigenoordeel bindend of niet?

Is het besluit gevallen om een inquiry te houden, dan formuleert de Minister een vraagstelling die vervolgens als agenda gaat fungeren. De rol van de Planning Inspector verschilt vervolgens; in de meeste gevallen neemt deze zelfstandig het besluit. Bij een geval dat door de Minister "binnen geroepen" is, schrijft de Planning Inspector na afloop een rapport (dat tientallen tot honderden pagina's kan beslaan) waarin hij of zij de Minister aanbevelingen doet voor de besluitvorming. De Minister houdt de uiteindelijke bevoegdheid een besluit te nemen en wijkt in veel gevallen op details en in sommige gevallen op hoofdpunten af van het advies van de Planning Inspector. Dit advies wordt openbaar, maar de timing van publicatie lijkt beïnvloed te worden door politieke overwegingen. Zo wordt de beslissing om een lokaal impopulair project doorgang te laten vinden vaak pas na verkiezingen bekend gemaakt.

Hoe tevreden is men met het huidige model?

Er is door de jaren heen veel gediscussieerd over de Inquiries. Een ontwikkeling die in de loop der jaren is opgetreden is de formalisering van de procedure. Deze formalisering is vooral een reactie op het "misbruik" van de Inquiry door de milieubeweging²³³, die Inquiries over de aanleg van wegen gebruikte als demonstratiegelegenheid en bovendien weigerde om zich neer te leggen bij de probleemstelling zoals die door de Minister was bepaald en de beleidsagenda van wegenbouw ter discussie stelde. Ten tweede ontstaat er regelmatig ophef wanneer de Minister in voorkomende gevallen afwijkt van het advies van een Planning Inspector. Op dergelijke momenten wordt duidelijk dat het "schouwspel"²³⁴ dat is opgevoerd om de indruk te wekken dat de Planning Inspector onafhankelijk is niet strookt met de realiteit. Dit wordt verschillend gewaardeerd. Barker en Couper

²³² Ibid, p. 215.

²³³ Dudley, G. en J.J. Richardson, Arenas without rules and the policy change process. Outsider groups and British road policy, in: *Political Studies*, 1998 (XLVI), pp. 727-747.

²³⁴ Barker, A. en M. Couper, The art of quasi-judicial administration. The planning appeal and inquiry systems in England, in: *Urban Law and Policy*, 1984 (vol. 6), p.p. 363-476.

benadrukken hoe knap het spel gespeeld wordt en hoezeer het publiek hecht aan de procedure tijdens de inquiry op zich²³⁵. Anderen²³⁶ zien een ongewenste vermenging van het rechterlijke en het bestuurlijke besluitvormingsspoor, die mogelijk niet EVRM-proof is (ibid.). Zij bepleiten een hervorming, waarbij het Planning Inspectorate lossier komt te staan van de Minister van Milieu, waar het nu formeel onderdeel van uit maakt en uit wiens naam alle beslissingen formeel worden genomen. Ten derde wordt regelmatig kritiek geleverd op de manier waarop wetenschappelijke inzichten doorwerken op de besluitvorming. Voor een deel betreft de kritiek de geheimhouding van achtergrondstudies waarop overheidsbeleid is gestoeld en/of het niet willen bediscussiëren van de onderbouwing van dergelijke studies²³⁷. Deze kritiek is in de loop der tijd minder relevant geworden door een toenemende openheid bij het bestuur. Daarnaast wordt gesuggereerd dat tijdens inquiries gemakkelijk voorbij gegaan wordt aan ervaringskennis en inschattingen van reputaties van bedrijven en overheden door bijvoorbeeld omwonenden. Er wordt beweerd dat de inquiry gebaseerd is op een manier van redeneren die sterk op technische en economische rationaliteit leunt, maar minder oog heeft voor sociale aspecten van vergunningaanvragen. Dit heeft tot gevolg dat een van de leidende gedachten achter inquiries, namelijk dat deelnemers ook zonder advocaat of deskundige bijstand mee kunnen doen wordt ondergraven. De ongelijke verdeling van middelen over de partijen die deelnemen aan een inquiry vertaalt zich in mogelijkheden om onderzoeksresultaten aan te voeren en dus de uitkomst te beïnvloeden. Een vierde en laatste commentaar betreft de gang van zaken ná een inquiry. Is een partij het niet eens met de beslissing van de Minister dan is beroepsgang naar het High Court mogelijk. Een enquête onder advocaten en NGOs wees uit dat men in sterke mate (82%) ontevreden is met de hoge kosten die aan een dergelijk beroep verbonden zijn. Deze kosten worden gezien als een belangrijk obstakel voor cliënten om hun recht te halen²³⁸. Ook de nauwe afbakening van beroepsgronden en het ontbreken van een aparte kamer voor milieuzaken wordt als problematisch gezien. De oprichting van een dergelijke kamer wordt door diverse wetenschappers als mogelijke verbetering gezien²³⁹, waarbij men er op wijst dat een dergelijke milieurechtbank herkenbaarder zal zijn voor de bevolking. Een aantal voorstanders verwacht ook dat de besluitvorming bij een dergelijke kamer meer aandacht voor het milieu aspect zal opleveren²⁴⁰.

²³⁵ Barker, A. en M. Couper, The art of quasi-judicial administration. The planning appeal and inquiry systems in England, in: *Urban Law and Policy*, 1984 (vol. 6), p.p. 363-476.

²³⁶ Grant, M., *Memorandum to the Study Committee on the Planning Inspectorate and Public Inquiries*, Londen (The United Kingdom Parliament, House of Commons Select Committee on Environment, Transport and Regional Affairs, HC 364-II, PI 34), 2000, p. 2-3.

²³⁷ Zie bijvoorbeeld Wynne, B., *Rationality and ritual. The windscale inquiry and nuclear decisions in Britain*, Preston UK (British Society for the History of Science), 1982.

²³⁸ Macrory, R., *Modernising environmental justice. Regulation and the role of an environmental tribunal*, Londen (UCL, Centre for Law and the Environment), 2003.

²³⁹ Ibid.

²⁴⁰ House of Commons Select Committee on Environment, Transport and Regional Affairs, *The Planning Inspectorate and Public Inquiries. The work of the Planning Inspectorate*, Londen (HC 364-I en II), 2000.

In algemene zin voldoet het inquiry systeem als manier om maatschappelijke closure te verkrijgen, dat wil zeggen dat het besluitvormingsproces effectief afgesloten wordt met een zeker draagvlak. De procedures worden in het algemeen als rechtvaardig beschouwd door deelnemers en het feit dat voor- en tegenstanders uitvoerig met elkaar in debat kunnen gaan en dat de Planning Inspector aan eigen waarheidsvinding doet worden ook gewaardeerd²⁴¹. Toch heeft het Inquiry systeem in een aantal gevallen niet geleid tot maatschappelijk geaccepteerde besluiten. Met name bij discussies over de uitbreiding van het wegennet, de aanleg van vliegvelden en discussies over kernenergie is sprake van voortdurende problemen. (Een deel van) de milieubeweging heeft zich in deze gevallen afgekeerd van de inquiries en probeert zijn doelen te bereiken met demonstraties en blokkades omdat men verwacht op die wijze beter zijn doelen te kunnen bereiken.

6.3

DE VERENIGDE STATEN

Algemeen

In de Verenigde Staten is een groot deel van de vergunningverlening, ook onder federale wetgeving, uitbesteed aan de staten. De manier waarop de besluitvorming over vergunningen in de VS verloopt wordt in internationale vergelijkingen²⁴² aangeduid als zeer sterk afwijkend van het model in Europese landen. Zo wordt er op gewezen dat het Amerikaanse Parlement, met name in de jaren zestig en zeventig, zeer veel aandacht heeft voor het probleem van “captive agencies”, een term die duidt op een intieme samenwerking tussen bedrijfsleven en overheid. Om het risico te verkleinen is een hoge mate van openbaarheid in de besluitvorming ingevoerd, zodat belangengroepen, maar ook concurrenten van bedrijven, zeer goed kunnen volgen hoe het besluitvormingsproces verloopt. Het wantrouwen heeft een nieuwe laag gekregen in de jaren tachtig en negentig in de vorm van beperkingen aan de invoering van nieuwe regels. De invoering van nieuwe regels dient gepaard te gaan met een kosten-baten analyse (KBA) waaruit de maatschappelijke meerwaarde van regels moet blijken. Toepassing van instrumenten als KBA betekenen impliciet een afwijzing van het voorzorgsbeginsel, omdat negatieve milieueffecten pas berekend kunnen worden wanneer ze met een zekere precisie voorspeld of vastgesteld kunnen worden. Ook wanneer schades wel bewezen kunnen worden geacht, is men geneigd eisen te stellen (“standing” - toegangsregels) aan diegenen die de overheid via de rechter willen dwingen hier tegen op te treden. Naast een impliciete afwijzing, wordt het voorzorgsbeginsel door de huidige Amerikaanse regering ook expliciet afgewezen. Het nemen van voorzorgsmaatregelen als zodanig kan echter wel geïndiceerd zijn, zoals afgeleid kan worden uit een recente uitspraak van het Amerikaanse Hooggerechtshof (“Supreme Court”) over de regulering van emissies ten gevolge van automobilititeit op basis van de Clean Air Act, waarin aan de orde was dat het Amerikaanse milieuagentschap EPA niet aan regulering wilde beginnen, onder

²⁴¹ Huitema, D. *Hazardous decisions. Hazardous waste facility siting in the UK, the Netherlands and Canada: Institutions and discourses*, Dordrecht (Kluwer Academic Publishers), 2002, 510 pp.

²⁴² Bijvoorbeeld in Brickman, R., S. Jasanoff, T. Ilgen, *Controlling chemicals. The politics of regulation in Europe and the United States*, Ithaca (Cornell University Press), 1985.

andere in verband met een aantal wetenschappelijke onzekerheden (“residual uncertainty”), maar ook vanwege overwegingen van binnenlands en buitenlands beleid²⁴³. Volgens het Hooggerechtshof heeft het EPA het niet treffen van maatregelen onvoldoende gemotiveerd.

Voor onze literatuurstudie hebben we gekeken naar de besluitvorming in de VS over installaties die gevaarlijk afval verwerken (bewerken, storten of verbranden)²⁴⁴. Dit onderwerp staat in de VS bekend als “siting”, hetgeen verwijst naar het vinden van lokaties (sites) voor impopulaire voorzieningen. De besluitvorming over vergunningaanvragen voor installaties die gevaarlijk afval behandelen (vallend onder de Resources Conservation and Recovery Act) verloopt volgens een standaard patroon, waarbij commentaar geleverd kan worden op de aanvraag en de conceptvergunning, vervolgens bezwaren ingebracht kunnen worden bij een “Appeal Board” en vervolgens de weg naar de rechter open staat. Zowel op federaal niveau als op staatsniveau wordt dit patroon gevolgd.

In de VS wordt veel federale wetgeving feitelijk uitgevoerd door de staten. Voor de gang van zaken na de vergunningverlening maakt het verschil of de EPA de vergunningverlening slechts delegeert aan de staat, of dat er sprake is van een door de EPA goedgekeurd “State Implementation Plan”. In het eerste geval blijft de EPA formeel de vergunningverlener, in het tweede geval wordt de staat de formele vergunningverlener. In het onderstaande behandelen we de gang van zaken bij bezwaren en beroepen tegen federale vergunningen, waarbij we aantekenen dat de gang van zaken op staatsniveau hier in grote mate op zal lijken. Op federaal niveau zijn de Environmental Appeals Board van de EPA en vervolgens het Federal Court of Appeals relevant bij bezwaren en beroep.

Aan wie richten deskundigen hun inbreng?

Uit de gang van zaken voor de Environmental Appeals Board (EAB) blijkt dat de review door dit orgaan vooral een juridische toets is. De EAB bestaat niet uit technisch onderlegde personen maar uit vier juristen, waarvan er steeds drie betrokken zijn bij bezwaren²⁴⁵. De taak van de EAB is het repareren van “onvolkomenheden” in verleende vergunningen²⁴⁶, waarbij alleen partijen die al in de vergunningverlening inspraak leverden recht hebben op het aanvragen van een “review”, en bovendien alleen issues die eerder in het vergunningverleningsproces werden ingebracht aan de orde mogen komen.

Uit de regels die het review proces structureren blijkt terughoudendheid ten aanzien van het review: “the decision to grant review is to be sparingly exercised” en

²⁴³ Bedoeld wordt de uitspraak “Massachusetts v. EPA, 549 US 05-1120 (2007)”.

²⁴⁴ Zie onder andere Williams, B.A. and A.R. Matheny, *Democracy, dialogue, and environmental disputes. The contested languages of social regulation*, New Haven, 1995; Rabe, B.G., *Beyond NIMBY. Hazardous waste facility siting in Canada and the United States*, Washington D.C., 1994; Davis, C.E., *The politics of hazardous waste*, Englewood Cliff NJ (Prentice Hall), 1993; Morell, D. and Magorian, C., *Siting hazardous waste facilities. Local opposition and the myth of pre-emption*, Cambridge, 1982.

²⁴⁵ Zie: Title 40 C.F.R. pt. 124 en “The Environmental Appeals Board. Practice Manual”, EPA, Washington D.C., 2004.

²⁴⁶ The Environmental Appeals Board. Practice Manual”, EPA, Washington D.C., 2004, p. 31.

dat “most permit conditions should be finally determined [by the permitting authority]”²⁴⁷. De EAB hanteert nauw afgebakende toetsingscriteria. Er wordt bekeken of vergunningsvoorwaarden gebaseerd zijn op “a finding of fact or conclusion of law which is clearly erroneous” of op “an exercise of discretion or an important policy consideration, which the [EAB] should, in its discretion, review”.²⁴⁸ Bij het indienen van bezwaren kunnen partijen niet volstaan met het herhalen van eerder gemaakte opmerkingen maar dient men de reactie daarop van de EPA ook te weerleggen. Het is vervolgens aan de EAB om te beslissen of er daadwerkelijk een review komt. Weigert de EAB een review, dan is deze beslissing, voor wat de EPA betreft, definitief. In dat geval, komt rechterlijke toetsing in beeld, waarover straks meer. Als onderdeel van ons onderzoek zijn we nagegaan hoeveel uitspraken er door de EAB zijn gedaan op het vlak van gevaarlijk afval. Het blijkt hier om een zeer beperkt aantal te gaan²⁴⁹. De meest relevante uitspraak had betrekking op het injecteren van gevaarlijk afval in een geboord gat in de ondergrond²⁵⁰. Door tegenstanders werden diverse bezwaren tegen de concept vergunning aangevoerd, waaronder de bewering dat de door de EPA gebruikte data over nabije waterputten niet betrouwbaar zou zijn. De EAB weigerde herziening van de vergunning omdat er door de bezwaarmakers geen bewijs was geleverd van de onbetrouwbaarheid van de EPA data. Daarbij woog de EAB mee dat de EPA zich op meerdere informatiebronnen had gebaseerd en niet enkel de bron die volgens de bezwaarmakers onbetrouwbaar was. Interessant is dat een van de bezwaarmakers lid was van het Staatsparlement van Michigan. Ook zijn bezwaren werden niet gehonoreerd.

In vergelijkend onderzoek tussen Europese landen en de VS valt op dat de relatie tussen de rechtbanken en de uitvoerende macht in de VS anders is dan in Europa. Brickman et al. wijzen erop dat in de VS geen aparte bestuursrechter bestaat, terwijl dat in de meeste Europese landen (behalve het VK) wel zo is²⁵¹. Meer relevant is echter de constatering dat de rechters in de VS zich het meest onafhankelijk van de uitvoerende macht opstellen en dat zij, veel meer dan hun Europese collega's, in besluitvormingsprocessen in willen gaan op de feiten waarop overheidsbesluiten gebaseerd zijn, ook wanneer deze feiten in de sfeer van de onzekere risico's liggen²⁵². Verder maakt de Amerikaanse rechter in vergelijking met Europese collega's in mindere mate een onderscheid tussen besluiten over individuele gevallen en besluiten over het formuleren van regels²⁵³. Dit leidt ertoe dat er aanzienlijk minder terughoudendheid wordt betracht bij het toetsen van

²⁴⁷ Preamble to 40 C.F.R. section 124.19.

²⁴⁸ 40 C.F.R. section 124.19(a).

²⁴⁹ Het aantal 'hits' in de uitspraken database van de EAB ligt op 11. Het overgrote deel daarvan gaat echter niet werkelijk over gevaarlijk afvalzaken, alhoewel de term in de tekst van de uitspraak wordt genoemd.

²⁵⁰ “In Re Environmental Disposal Systems, UIC Appeal, No.s 98-1 & 98-2, 15 October 1998”.

²⁵¹ Brickman, R., S. Jasanoff, T. Ilgen, *Controlling chemicals. The politics of regulation in Europe and the United States*, Ithaca (Cornell University Press), 1985.

²⁵² Ibid., 104-119.

²⁵³ Ibid.

algemene regels, alhoewel volgens diverse analisten²⁵⁴ er sprake is van een golfbeweging in de indringendheid van de toetsing van algemene regels door de rechtbanken. Werd in de jaren zestig het accent gelegd op de mate waarin betrokken partijen de kans hadden gekregen om deel te nemen aan het besluitvormingsproces ("interest representation model"), in de jaren tachtig werd daarnaast in sterkere mate gekeken naar de redelijkheid van beslissingen van het bestuur ("fidelity model"). In de jaren tachtig werd zichtbaar dat de rechter, ook in gevallen van wetenschappelijke onzekerheid, een onderbouwing van voornemens tot regulering verwacht van overheidsorganen²⁵⁵.

In het geval van individuele vergunningaanvragen wordt de rechterlijke toetsing in principe gebaseerd op de feiten zoals die eerder verzameld zijn. De "Administrative Procedures Act" (APA) bepaalt dat de rechter het besluit van de EPA toetst op de vraag of de beslissing te kwalificeren valt als *"arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with the law"*²⁵⁶. Door de rechter is bepaald dat dit criterium beperkt uitgelegd dient te worden *"This standard of review is narrow and a court is not to substitute its judgment for that of an agency"*²⁵⁷.

Op welk moment is hun inbreng gewenst?

De meeste deskundigheid wordt in het vergunningverleningstadium verzameld. Zowel de EAB als de Federal Court of Appeal horen geen nieuwe getuigen en verzamelen geen vers feitenmateriaal. De EAB doet bezwaren in principe schriftelijk af, maar kan een hoorzitting organiseren. Hetzelfde geldt voor de Federal Court of Appeals.

Waar is de deskundigheid organisationeel geplaatst?

De toetsing door de EAB en het Federal Court of Appeals zijn met name gebaseerd op juridische expertise. Beide instanties hebben geen eigen technische deskundigheid in huis. Dat betekent dat deskundigheid al in het vergunningverleningsproces ingebracht dient te worden. In dat stadium wordt onder andere een milieu-effectrapport gemaakt, waarvoor de vergunningaanvrager deskundigheid kan inhuren. De informatie die wordt verzameld bij het maken van het MER wordt gecontroleerd door de vergunningsverleende instantie, die bovendien advies inwint van de bevoegde instanties. Het MER rapport is onderworpen aan inspraak.

Is er kans voor betrokkenen om 'tegendeskundigheid' in te brengen?

Alleen in het stadium van vergunningverlening. Daarnaast is slechts de vraag aan de orde of de feiten juist geïnterpreteerd zijn door het bestuur.

²⁵⁴ Zie onder andere Fiorino, D., *Making environmental policy*, Berkely (University of California Press), 1995, p. 80-84.

²⁵⁵ Industrial Union Department, AFL-CIO v. American Petroleum Institute, 448 US 607 (1980).

²⁵⁶ U.S.C § 706 (2)(A).

²⁵⁷ Zie Catalina Yachts, Inc v. EPA, 112 F. Supp. 2d 965, 966 (C.D. Cal 2000).

Is het deskundigenoordeel bindend of niet?

Alleen in die zin dat het bestuur zich moet baseren op feiten die door deskundigen worden geaccepteerd.

Hoe tevreden is men met het huidige model?

De openheid van de rechtsgang en de bereidheid tot diepgaande toetsing van algemene regels van de kant van rechters hebben er, mede met een op conflict en concurrentie georiënteerde politieke cultuur, toe geleid dat er relatief veel beleidsregels aan de rechter voorgelegd worden²⁵⁸. Er wordt diverse malen geconcludeerd dat dit niet per se tot een zwakker of strenger milieubeleid heeft geleid²⁵⁹, maar wel dat het milieubeleid in de VS in grotere mate een bron van spanning tussen overheidsinstanties en het bedrijfsleven is dan elders. Met name Harrison en Hoberg wijzen erop dat andere landen, zoals Canada, profiteren van het Amerikaanse wetenschappelijk onderzoek naar milieurisico's dat door de Amerikaanse rechter afgedwongen wordt²⁶⁰. Waar dat onderzoek in een aantal gevallen in Amerika zelf controversieel blijft en regelmatig onvoldoende basis voor geschilbeslechting biedt, kunnen andere landen waar de uitvoerende macht minder sterk gecontroleerd wordt, hun regels wel op dat Amerikaanse onderzoek baseren waardoor deze in voorkomende gevallen zelfs voor gaan lopen op de VS.

De besluitvorming over gevaarlijk afval trekt in de VS veel publieke aandacht, waarbij de gemoederen dermate verhit raken dat tegenstanders van vergunningaanvragen zich niet beperken tot het volgen van procedures. Het gevolg hiervan is geweest dat de "normale" besluitvormingstrajecten door vrijwel alle Amerikaanse staten zijn verlaten en men diverse alternatieve besluitvormingsmethoden heeft ontwikkeld²⁶¹. De drie onderscheiden typen zijn: de "regulatory approach", de "market approach", en de "voluntary approach". Opvallende overeenkomst tussen deze methoden is echter dat er een expliciete poging wordt gedaan om een rol voor de rechter te voorkomen. In het eerste geval wordt de besluitvorming, al dan niet bij uitsluiting van beroepsmogelijkheden, bij technisch deskundigen gelegd, met een bevoegdheid om definitief te besluiten. Bij de marktbenadering wordt weerstand afgekocht met compensatie, hetgeen in veel gevallen met weinig extra meerkosten kan. In het derde geval wordt het accent op direct democratie gelegd, onder andere door uitgebreide lokale discussiebijeenkomsten, lokale referenda en burgercomités die na de vergunningverlening toezicht houden op de naleving van de milieuregels.

De benaderingen zijn gebaseerd op sterk uiteenlopende benaderingen ten aanzien van onzekere risico's. In de 'regulatory approach' is in feite sprake van een intensivering van de normale aanpak, waarbij extra zorgvuldig geprobeerd wordt

²⁵⁸ Zie o.a. Breyer, S., *Breaking the vicious circle. Towards effective risk regulation*, Cambridge MA (Harvard University Press), 1993.

²⁵⁹ Zie bijvoorbeeld Harrison, K. and G. Hoberg, *Risk, science and politics. Regulating toxic substances in Canada and the United States*, Montreal, 1994.

²⁶⁰ Ibid.

²⁶¹ Zie bijvoorbeeld Rabe, B.G., *Beyond NIMBY. Hazardous waste facility siting in Canada and the United States*, Washington D.C., 1994.

om de juiste lokatie te kiezen. Men probeert daarbij alle risico's te inventariseren en op basis van een kosten-baten analyse een besluit te nemen. Daarbij worden onder andere de risico's en de kosten verbonden aan het transport van afval ook meegenomen. In de marktbenadering wordt min of meer expliciet erkend dat er risico's zijn en onzekere risico's. Deze hoeven niet tot op het bot bestudeerd te worden; het wordt aan het inzicht van de onderhandelende partijen overgelaten om deze typen risico's in te schatten en vervolgens om te rekenen naar een 'prijs'. In die zin is deze benadering iets flexibeler vanuit het oogpunt van onzekere risico's. In de laatste, de vrijwillige benadering, dienen alle risico's, ook de onzekere, in een groepsdiscussie aan de orde te komen en probeert men gezamenlijk de aanvaardbaarheid in te schatten.

Interessant is dat de eerste benadering vrijwel altijd strandt. Het idee dat een groep deskundigen onzekere risico's zou kunnen uitsluiten c.q. beperken en vervolgens de bevolking ervan zou kunnen overtuigen om vertrouwen te hebben in de juistheid van het besluit stuit op zeer veel weerstand, waarbij regelmatig gaten geslagen worden in de redeneringen van dergelijke deskundigen. De marktbenadering blijkt in de praktijk regelmatig te falen omdat deze als moreel verwerpelijk wordt beschouwd, met name als het om een transactie gaat op basis van een directe financiële vergoeding. Vergoedingen in de sfeer van voorzieningen voor dorpen lijken meer acceptabel. De vrijwillige benadering heeft in Noord Amerika nog het meeste succes opgeleverd, alhoewel deze benadering in de praktijk vaak gemengd wordt met de marktbenadering en dus niet helemaal duidelijk is welk aspect aan de benadering werkt.

6.4

CONCLUSIE

In onze conclusies komen we terug op onze beginvragen. We waren geïnteresseerd in de organisatie van de besluitvorming door de rechter of quasi-rechter, specifiek de manier waarop inhoudelijke deskundigheid daarin is ondergebracht. Ten tweede wilden we weten of en hoe dergelijke organisatievormen van invloed zijn op de mate waarin 'closure' te bereiken is in het besluitvormingsproces.

De twee hier besproken landen laten duidelijke verschillen zien in de manier waarop de besluitvorming is opgezet. In het VK komt het in zwaardere cases tot een Inquiry, waarbij een Planning Inspector de zaak hoort. Het is aan de partijen zelf om deskundigheid in huis te halen en hun case te beargumenteren, maar de Planning Inspector zelf doet ook aan feitenvinding. Bij tegenstrijdige deskundigen adviezen stuurt de Planning Inspector aan op overeenstemming tussen deskundigen; hiervoor wordt de tijd genomen. Het advies van de Planning Inspector gaat naar de Minister die vervolgens een afwijkend besluit kan nemen. In de VS is sprake van een trechtermodel. In latere stadia van de besluitvorming mogen slechts die issues aan de orde worden gesteld die eerder al naar voren zijn gebracht. De partijen dienen hun eigen deskundigheid mee te brengen. In beroep en bezwaar wordt geen diepgaande toetsing voorgestaan; de gronden voor herziening van overheidsbesluiten zijn scherp ingeperkt.

Kijken we naar de mate waarin closure verkregen wordt, dan kunnen we over Zweden weinig constateren, behalve dan dat het systeem in het geval van radioactief afval niet tot besluitvorming heeft kunnen leiden. Voor wat betreft radioactief afval gelden soortgelijke conclusies voor het VK en de VS, maar als we naar gevaarlijk afval kijken, dan zien we dat het systeem in het VK wel en het systeem in de VS niet tot closure weet te komen. Deze constatering dient met grote voorzichtigheid geïnterpreteerd te worden omdat beide samenlevingen en hun bestuur erg sterk van elkaar verschillen en burgers dus sterk uiteenlopende verwachtingen hebben ten aanzien van de besluitvormingsprocedures. Dat gezegd hebbend lijken sterke punten van het Engelse systeem gelegen te zijn in de sterke interactie tussen partijen gedurende de Inquiry en de relatief weinig gejuridiseerde setting. Het Amerikaanse systeem is wellicht een negatief voorbeeld, waarbij bezwaarmakers de officiële besluitvorming links laten liggen en door middel van protest hun zin proberen te krijgen.

HOOFDSTUK 7 Eindanalyse en aanbevelingen

7.1

ALGEMEEN

Uit het onderzoek komt een zeer divers beeld naar voren. Een eerste belangrijke constatering is dat er geen algemene beelden gegeven kunnen worden, zoals 'In Duitsland wordt het voorzorgsbeginsel in verregaande mate toegepast', of: 'Zweden acht onzekere risico's niet toelaatbaar'.

Opvallend is dat in Zweden het voorzorgsbeginsel tot dusver nauwelijks een rol speelt in de rechtspraak, maar dat klassieke rechtsbeginselen van groter gewicht blijken te zijn. Niet valt uit te sluiten dat de leden van de rechterlijke macht terugrijpen op de vertrouwde rechtsbeginselen, en terughoudend zijn in het incorporeren van het (voor hen tamelijk onbekende) voorzorgsbeginsel in de toetsing.

In Duitsland is door het Constitutionele Hof een belangrijke uitspraak gedaan met betrekking tot de taak van de wetgever (en alle organen van de staat) inzake het omgaan met onzekere risico's. Dit wil echter niet zeggen, dat een onzeker risico niet kan worden vergund: het is de taak van de overheid, in het bijzonder wetgever en bestuur, om zich dit risico ter harte te nemen en een belangenafweging te doen. De toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel spelen daarbij, net zoals in Zweden overigens, een belangrijke rol.

In het Verenigd Koninkrijk stelt de rechter zich traditioneel terughoudend op terzake het corrigeren van bestuurlijke besluitvorming. Niettemin is, juist ter implementatie van Europese milieuwetgeving, nu ook in de 'IPPC-wetgeving' gerefereerd aan het voorzorgsbeginsel, en lijkt de rechter in toenemende mate aan het voorzorgsbeginsel te refereren. Van doorslaggevend belang is echter wat meer precies is geoperationaliseerd in met name beleidsregels en in concrete normen. Conflicten worden voornamelijk beslecht in de flexibele (semi-rechterlijke) besluitvormingsprocedure (inquiry).

Uit de beschrijving komt duidelijk naar voren dat de drie onderzochte landen worstelen met de erkenning van een onzeker milieurisico als zodanig. Wij constateren dat in zowel Zweden als Duitsland het voorzorgsbeginsel ziet op de bescherming tegen zekere én onzekere milieurisico's, met deze kanttekening dat de bescherming tegen onzekere milieurisico's met aanzienlijk minder juridische

waarborgen lijkt te zijn omgeven. Voorts is er naar Duits recht juist bij onzekere risico's vaak geen beroepsmogelijkheid voor derde-belanghebbenden.²⁶²

In algemene zin geldt dat wetgever, bestuur en rechter zoveel mogelijk bewijs verlangen over de milieurisico's van een voorgenomen activiteit vooraleer daaromtrent milieubescherpende maatregelen kunnen worden opgelegd. In dit afwegingsmodel vervullen, zoals aangegeven, de traditionele beginselen zoals het rechtszekerheidsbeginsel, maar ook het evenredigheidsbeginsel een belangrijke rol, hetgeen tot een nuancering leidt van de voorzorgsbenadering. Het sterk hechten aan klassieke algemene beginselen was ook herkenbaar bij de bestudering van de casus in deel 2: in de zaak van de broomhoudende vlamvertrager vormde het zorgvuldigheidsbeginsel een belangrijke rol bij de rechterlijke toetsing, en wordt het door appellante aangevoerde voorzorgsbeginsel niet behandeld in de overwegingen van de uitspraak.

Het vergunnen van een voorgenomen activiteit waarvan de milieuschadelijke gevolgen nog onzeker zijn is derhalve mogelijk in de drie onderzochte rechtsstelsels, tenzij de wetgever een dergelijke activiteit verbiedt. Wat voorkomt is dat de milieuvergunning wordt verleend onder voorwaarden die specifiek zien op het risico. Men kan daarbij denken aan een onderzoeksplicht gericht op het nader in kaart brengen van de mogelijke milieurisico's, een tijdelijke vergunning, of aan compensatieverplichtingen.

Indien er geen afdoende algemene wettelijke regeling (te geven) is voor het omgaan met een onzeker risico, zal de kern van de afweging op het niveau van de bestuurlijke besluitvorming komen te liggen. Er is dan sprake van een complexe afweging, met verschillende tegenstrijdige belangen (economie versus milieu). Bovendien is sprake van een hoog gehalte aan technische complexiteit, maar waarbij de technici echter geen afdoend antwoord kunnen geven juist vanwege de onzekerheid. Het gevaar is hier dat het bestuur uit oogpunt van zorgvuldigheid blijft streven naar het verkrijgen van zekerheid die niet te geven is (zie deelrapport 2 van dit project). Er dient juist sprake te zijn van een belangenafweging die, meer of minder intensief, door de rechter kan worden getoetst. Uit het onderzoek komt naar voren dat onzekere risico's niet bij voorbaat onvergundbaar worden geacht. Veel meer ontstaat het beeld dat er juist wel vergunningen worden verleend, zij het onder voorwaarden. Het voorbeeld van de Zweedse stop-bepalingen – die in ieder geval gelden voor zekere risico's, maar wellicht ook kunnen worden uitgelegd in het licht van het voorzorgsbeginsel – is inspirerend: een vergunde (of, niet door regels beperkte) activiteit met een risico zou moeten kunnen worden gestopt als

²⁶² Zie ook de kritische kanttekening in hoofdstuk 3 aangaande de drempel voor het mogen toepassen van de stopbepaling. Individuele bescherming tegen gezondheidsschade is ook noodzakelijk. Overigens wijzen wij op de relatie van de bestuurlijke besluitvorming met de mensenrechten zoals neergelegd in art. 2 en 8 EVRM: het is voorstelbaar dat er een positieve verplichting wordt aangenomen voor de overheid, zij het dat het element van onzekerheid nog weinig aan bod is geweest in de Straatsburgse jurisprudentie. Op basis van dit onderzoek, dat niet uitdrukkelijk heeft gekeken naar mensenrechten en onzekere milieurisico's, kunnen we niet voorspellen welke verplichtingen kunnen worden afgeleid van deze rechten. Naar onze bescheiden indruk zouden deze rechten echter niet betekenisloos zijn, ook in geval van onzekerheid omtrent het in te treden risico.

dat nodig zou zijn in verband met fundamentele waarden zoals de bescherming van het leven en de gezondheid van de mens. Naast de bevoegdheid tot het stilleggen van een activiteit kan ook aan andere constructies worden gedacht, zoals de tijdelijkheid van een vergunning, monitoringsbepalingen, en een aansprakelijkheidsregeling.

Uiteraard rijst de vraag wat het effect zou zijn als het voorzorgsbeginsel in de rechterlijke toetsing een sterkere rol zou gaan spelen. Het verdient aanbeveling om de binnenlandse, buitenlandse, en Europese jurisprudentie op dit punt te blijven volgen.

7.2

DE WM/WVO VERGUNNINGVERLENING EN ONZEKERHEID

In Nederland is in 2005 via implementatie van de IPPC-richtlijn het voorzorgsbeginsel gecodificeerd in een uitvoeringsregeling op grond van de Wet milieubeheer, te weten het Inrichtingen- en vergunningenbesluit milieubeheer. Kort geleden komt het er op neer dat de vergunningverlener onder andere rekening moet houden met het voorzorgsbeginsel bij de bepaling van de beste beschikbare technieken voor een inrichting. Daarnaast moet ook rekening worden gehouden met voorzienbare kosten en baten van maatregelen.

In deze zullen nog belangrijke afwegingen door de vergunningverleners moeten worden gemaakt; de betekenis van deze wettelijke referentie aan het beginsel zal zich via bestuurlijke besluitvorming en rechtspraak verder moeten ontwikkelen. Nu er sprake is van een wettelijke vastlegging, zal door derde-belanghebbenden in het kader van vergunningenprocedures naar verwachting beroep op het voorzorgsbeginsel worden gedaan (ook zonder codificatie is dat overigens reeds gedaan in vergunningenzaken), en zal het als een toetsingsmaatstaf voor de rechter moeten fungeren. De vraag is dan hoe de rechter deze maatstaf in de overwegingen zal betrekken. Bovendien dient de toepassing van de IPPC-richtlijn geïnterpreteerd te worden onder de vlag van het in het EG-verdrag gecodificeerde voorzorgsbeginsel.

Echter, hiermee staat ook de rechter voor een onduidelijke opgave. Gebleken is dat nog veel vragen leven over het omgaan met onzekere risico's, en, in juridische termen, over de verhouding van het voorzorgsbeginsel tot de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit zou er toe kunnen leiden dat de besluitvorming, ook in kader van IPPC-situaties, inconsistent zou kunnen zijn. Enerzijds is dat wellicht geen onaanvaardbaar probleem: waarom zou in alle regio's op gelijke wijze omgegaan moeten worden met onzekere milieurisico's? Juist in een geval van een niet duidelijk te reguleren probleem kan men het feit dat er in regio's c.q. landen verschillend mee wordt omgegaan als een voordeel opvatten, aangezien er verschillende ervaringen en dus verschillende leereffecten zullen ontstaan. Met andere woorden: een consistent volgen van de besluitvorming in verschillende regio's kan belangrijke leereffecten opleveren. Als randvoorwaarde zou gelden dat de besluitvorming als zodanig transparant is en helder gemotiveerd, en dat in geval van onzekere risico's expliciet wordt overwogen of deze worden aanvaard, en zo ja, onder welke voorwaarden.

Vandaar dat we aanbevelen om in de beleidspraktijk het bestaan van onzekerheid expliciet te erkennen, en om vervolgens case-gericht besluitvorming te volgen en te vergelijken. Er zou dan sprake zijn van een voortdurend evaluatietraject, waarbij een centrale uitwisseling wordt verzorgd inzake het omgaan met onzekere risico's, van waaruit beleid en regelgeving zou kunnen ontstaan.

7.3

MAATSCHAPPELIJKE ACCEPTATIE VAN BESLUITEN

In de bestuurskundige analyse komt naar voren dat er een verband bestaat tussen de manier waarop de gang naar de (quasi)rechter is georganiseerd en de mate waarin het mogelijk blijkt om besluitvormingsprocessen op een gekanaliseerde manier te laten verlopen en af te sluiten. Het Engelse model kent een zekere mate van politieke discretie ten aanzien van de vraagstelling, en de mogelijkheid tot diepgravende discussie om onzekerheden op te sporen en door middel van 'inter expert' consensus de beste kennis boven tafel te krijgen. Het is te prefereren boven het meer "trechterende" Amerikaanse model, waarin het lastiger is om onzekere risico's aan de orde te stellen. Het Amerikaanse model is wellicht te gesloten en kan dus niet als uitlaatklep voor maatschappelijke weerstand functioneren.

De bestudeerde cases in het VK en in de VS laten zien dat het voorzorgsbeginsel, althans bij de door ons bestudeerde gevallen, nog maar nauwelijks voet aan de grond heeft gekregen in deze twee landen. De standaard manier van besluitvorming, waarin technische en economische overwegingen (BAT, etc.) domineren, wordt ook in gevallen van onzekere risico's gehanteerd. In de VS wordt de bezwaarmaker in feite uitgedaagd aan te tonen dat de inschattingen van het bestuur niet kloppen, hetgeen lastig lijkt in geval van onzekere risico's. In het geval van het VK wordt de onzekerheid in feite dicht geplamuurd door de deskundigen uiteindelijk toch tot overeenstemming te krijgen en daarnaast een weging van belangen te geven, die moet legitimeren waarom bepaalde onzekere risico's toch aanvaardbaar geacht worden.

In de VS is men op zoek gegaan naar andere manieren van besluitvorming. Voor een deel laten deze zich kenmerken als marktbenaderingen, waarbij het aan diegenen die het risico zullen ondergaan is om in te schatten welke financiële (of anderszins) compensatie aan de orde is. De maatschappelijke ontvangst van deze manier van besluitvormen, die veel minder op technische rationaliteit en veel meer op economische en maatschappelijke kwaliteit aanstuurt, is gemengd. Het risico is dat compensatie gezien wordt als, of daadwerkelijk uitdraait op omkoping. Deze benadering – of anderen die in het verlengde liggen (zoals verzekeringsfondsen of calamiteitenfondsen) zijn het overwegen waard, maar alleen wanneer er een grote mate van transparantie in het besluitvormingsproces zit.

Het alternatief, dat meer als "deliberatie" omschreven kan worden, draait om die transparantie en een weging van argumenten van voor- en tegenstanders op lokaal niveau.

Aanbevelingen naar aanleiding van het STEM-onderzoek naar onzekere milieurisico's

Deze aanbevelingen zijn gericht tot de opdrachtgever, het ministerie van VROM. Zij vloeien voort uit de drie deelprojecten zoals uitgevoerd binnen STEM.

- I. Erken expliciet dát er onzekere risico's zijn, en erken met name ook de complexiteit van de besluitvorming aangaande onzekere risico's.
- II. De huidige besluitvorming over onzekere risico's dient niet alleen te zijn gericht op het wegnemen van onzekerheden, maar juist ook op de erkenning van niet oplosbare onzekerheden, en het zoeken naar een aanvaardbare omgang daarmee.
- III. Creëer een begeleidingstraject zowel voor de nationale als de decentrale besluitvorming met betrekking tot onzekere risico's. In het kader van dit begeleidingstraject vindt een leerproces plaats over de beste omgang met allerlei verschillende onzekere risico's. Richt in aansluiting op het begeleidingstraject een centraal informatie-uitwisselingspunt in, waar de leereffecten worden gegenereerd, geanalyseerd, besproken en verspreid.
- IV. Het begeleidingstraject zou uiteraard moeten zien op de vergunningverlening en het vaststellen van algemene regels (en nadere besluitvorming in dat verband) op grond van de Wet milieubeheer en de Wet verontreiniging oppervlaktewateren, maar zou ook een ruimere scope moeten hebben. Dit laatste is mede nodig omdat bij besluitvorming in een individueel geval (bijvoorbeeld het niet vergunnen van de productie van een brandwerend middel) de effecten op macro-niveau mogelijk onvoldoende of geen weging krijgen (in casu brandveiligheid).
- V. In geval van (potentiële) conflicten over het al dan niet toestaan van een activiteit met een onzeker risico verdient de quasi-rechterlijke aanpak uit het Verenigd Koninkrijk, die flexibel is en een grote mate van interactie tussen partijen en deskundigen mogelijk maakt, nadere bestudering. Daarbij is aandacht voor de ondersteuning van derde-belanghebbenden noodzakelijk.
- VI. Naast aandacht voor de besluitvorming omtrent onzekere risico's in eigen land zou tegelijkertijd een internationale uitwisseling van ervaringen moeten worden gedaan. Enerzijds kunnen op deze wijze leereffecten voor Nederland ontstaan, anderzijds kan zo de discussie in andere landen worden gestimuleerd en ontstaat tegelijkertijd inzicht over de voorwaarden die aan bedrijven in andere landen worden gesteld wanneer er sprake is van onzekerheid. Zo kan bovendien voorkomen worden dat er mythes ontstaan over de toepassing van voorzorg in andere landen.
- VII. Uitdrukkelijk moet niet alleen primair de bestuurspraktijk, maar secundair ook de rechterlijke macht worden betrokken bij het nadenken over het omgaan met onzekere risico's. Informatie-uitwisseling over en leereffecten van jurisprudentie

in binnen- en buitenland en in EU-verband zou daarbij moeten worden gefaciliteerd.

- VIII. Het begeleidingstraject en het leerproces zien wij als een noodzakelijke aanvulling op de nu in het Inrichtingen- en vergunningenbesluit opgenomen verwijzing naar het voorzorgsbeginsel (en uiteraard op een als zodanig al vaak aanbevolen algemene codificatie van het voorzorgsbeginsel in de Wet milieubeheer). Het valt nu nog niet te voorspellen welke waarde uiteindelijk kan toekomen aan het voorzorgsbeginsel als rechterlijke toetsingsmaatstaf, ook hier zal sprake zijn van een ontwikkeling. Juist daarom zou de rechterlijke macht in de motivering van de uitspraak moeten verduidelijken hoe het voorzorgsbeginsel in casu wordt uitgelegd of toegepast, mede in relatie tot de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Uiteraard zal de rechter zich bewust moeten zijn van zijn specifieke taak, en niet op de stoel van de wetgever dan wel het bestuur moeten plaatsnemen.
- IX. Het wettelijke kader zal aan het bestuur toereikende instrumenten moeten geven voor het op een zo verantwoord mogelijke manier omgaan met onzekere risico's. Met name de volgende onderwerpen zijn van belang:
- i. De tijdelijke vergunning als instrument voor het omgaan met onzekere risico's;
 - ii. De verdeling van de bewijslast over overheid, initiatiefnemer en derde-belanghebbenden specifiek in geval van onzekere risico's, ook reeds bij de opstelling van een aanvraag;
 - iii. Specifiek verdient aandacht hoe verregaand de bewijslast wordt toegepast (voorkomen moet worden dat in alle gevallen gestreefd wordt naar zekerheid die niet te krijgen is);
 - iv. De specifieke formulering van vergunningsvoorschriften teneinde verantwoord om te gaan met een onzeker risico, in het bijzonder zijn relevant monitorings- en rapportageverplichtingen;
 - v. Daarnaast verdient de mogelijkheid om in een vergunningsvoorschrift op te leggen onderzoeksverplichtingen aandacht;
 - vi. Een bevoegdheid om in een noodsituatie een activiteit te stoppen, ook in het geval van een verleende vergunning of gestelde algemene regel;
 - vii. Verder nadenken over de voor- en nadelen van toepassing van specifieke financiële instrumenten, zoals het verplichten tot een financiële zekerheid of een andere compensatiemogelijkheid in het geval van het vergunnen van een onzeker risico.

Uit het begeleidingstraject zal blijken of het huidige instrumentarium toereikend is, en hoe dit kan worden toegepast, uiteraard ook in het licht van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Er zal dan blijken of een verbetering van de wettelijke omschrijving voor bovengenoemde onderwerpen gewenst is. Echter, twee onderwerpen behoeven bijzondere aandacht:

- Het is nu al voorstelbaar dat de in artikel 8.17 Wm genoemde maximumtermijn van vijf jaar voor een tijdelijke vergunning als te kort

wordt ervaren, zodat de mogelijkheid van een wetswijziging reeds in overweging kan worden genomen.²⁶³

- Voor de in onderdeel vii genoemde mogelijkheid om financiële instrumenten toe te passen lijkt een specifieke wettelijke regeling aangewezen; echter de wenselijkheid en mogelijke vormgeving van deze financiële voorzieningen zouden eerst aan een nader onderzoek moeten worden onderworpen.

²⁶³ Uiteraard moet hierbij het Europees recht in acht worden genomen; zo dient te worden nagegaan of het instrument van de tijdelijke vergunning specifiek voor onzekere risico's als zodanig toepasbaar is gelet op de zogenoemde dienstenrichtlijn: Richtlijn nr. 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PbEU L 376/46)

BIJLAGE 1

Leden begeleidingscommissie

- Prof. dr. Marjolein van Asselt, Universiteit Maastricht, Faculteit der Cultuurwetenschappen
- drs. Tineke Cnossen, Inspectie Verkeer en Waterstaat, divisie Water
- mr. Mieke Klooswijk, VROM Directoraat-Generaal Milieubeheer
- mr. Yolanda Waas, DCMR Milieudienst Rijnmond

BIJLAGE 2

Respondenten bestuurskundig deel

Met onderstaande academici is voor het bestuurskundig deel van dit onderzoek contact opgenomen om informatie te vergaren. Er is ook contact gezocht met een aantal academici in Duitsland. Omdat deze contacten geen resultaat hebben opgeleverd en Duitsland niet behandeld wordt in de hoofdtekst, wordt hier niet vermeld met wie contact is opgenomen aldaar. Namen met een (*) hebben de gestuurde vragenlijst ingevuld.

Verenigd Koninkrijk

Prof. Steven Yearley, Universiteit van York.
 Prof. Brian Wynne, Universiteit van Lancaster (*).
 Dr. Richard Cowell, Universiteit van Cardiff.
 Prof. Tom Horlick-Jones, Universiteit van Cardiff.
 Prof. Nick Pidgeon, Universiteit van Cardiff.
 Prof. Timothy O'Riordan, Universiteit van East Anglia.
 Dr. Walter Wehrmeyer, Universiteit van Surrey.
 Dr. Robert Evans, Universiteit van Cardiff.
 Dr. Rodney Beard, Universiteit van East Anglia.
 Prof. Judith Petts, Universiteit van Birmingham.
 Dr. Harriet Bulkeley, Universiteit van Durham.

Zweden

Dr. Jan Darpö, Universiteit van Uppsala (*).
 Prof. Jonas Ebbesson, Universiteit van Stockholm.
 Dr. Lena Gipperth, Universiteit van Göteborg (*).
 Prof. Geoffrey Gooch, Universiteit van Linköping.
 Prof. Gabriel Michanek, Universiteit van Luleå (*).
 Dr. Annika Nilsson, Universiteit van Lund.
 Dr. Linda Soneryd, Universiteit van Örebro.
 Dr. Johannes Stripple, Universiteit van Lund.
 Dr. Göran Sundqvist, Universiteit van Göteborg (*).
 Prof. Per Ole Träskman, Universiteit van Lund.
 Prof. Staffan Westerlund, Universiteit van Uppsala.
 Charlotta Zetterberg, Universiteit van Uppsala.

Respondenten Juridisch Deel***Verenigd Koninkrijk***

Dr. Karen Morrow (vragenlijst)

Zweden

Dr. Jan Darpö (*).

Duitsland

Jantje Struß (vragenlijst)

BIJLAGE 3

Gestuurde vragenlijst bestuurskundig deel

1. Which organization is responsible for the appeals to environment permit decisions in relatively complex situation such as hazardous waste licenses or large new production facilities?

Re.:

2. If expert knowledge is needed in environmental appeal procedures, who collects such information?

- E.g. the courts? Parties? A combination?

Re.:

3. How does the responsible party obtain the expertise?

- It has the expertise itself? It buys the expertise from consultancy firms? Other?
- Is this expertise independent?

Re.:

4. What is the procedure for contributing expertise?

- Verbal, written?
- Are the contributions openly discussed or not?
- Is it possible to contribute contra-expertise?

Re.:

5. How are disagreements on expert knowledge handled?

- What is the procedure for this?

Re.:

6. Is the expert judgment binding?

Re.:

7. How would you rate the current organization of expert advice in environmental appeals on a 1-10 scale?

- Please describe some advantages and disadvantages

Re.:

8. How satisfied are others? Are there any complaints about this procedure, for instance in connection with the legitimacy or quality of the outcomes? If so, which and what solutions are being sought?

Re.:

BIJLAGE 4

Casus

Uncertain risks, administrative decision-making and judicial review

An industrial plant intends to start the production of a new innovative product. This product, a fibre, is necessary for the construction of advanced medical instruments, aircrafts, and satellites.

During the industrial process, some emissions to the surface water and/or the air will be caused. The permitting authority has received a report from a national environmental NGO concerning the possible damaging effects. The report contains important assumptions, based on explorative research, that the air emissions might cause health problems (cancer), and that the water emissions might damage micro-organisms on the long run. Scientifically seen, those effects have not yet been proved. Further research into those effects will be very expensive, and it will take many years before reliable results might be presented (10 – 15 years).

The plant is preparing the application for the obliged environmental permits. The environmental NGO is determined to use all possibilities to join the public participation procedures, and it will use all the available administrative and legal remedies against a positive decision on the permit application.

The industry is an important economic activity in the region. The new production line would create 50 new jobs, of which 20 high-qualified technicians. The industry belongs to an international group of companies. In an informal way, it has been expressed by the higher management of this group that the production could also be started in another EU country, and even in a non-EU country.

Note:

- please abstract from the consequences, if any, from REACH
- there is no BREF-document concerning this type of production.

Colofon

Opdrachtgever:

Ministerie van VROM, Directoraat Generaal Milieu

Datum:

27 augustus 2007

Auteur(s):

Mw. mr. dr. M. Peeters

Mw. mr. dr. N. Niessen

Dhr. dr. D. Huitema

Secretariaat STEM
 ARCADIS Ruimte & Milieu BV
 De heer drs. ing. Charles Nijssen
 Postbus 264
 6800 AG Arnhem
 Tel 026 3778 511
 Fax 026 4457 549
www.evaluatiemilieuwetgeving.nl

© STEM. Alle rechten voorbehouden. Behoudens uitzonderingen door de wet gesteld, mag zonder schriftelijke toestemming van de rechthebbenden niets uit dit document worden verveelvoudigd en/of openbaar worden gemaakt door middel van druk, fotografie, digitale reproductie of anderszins.

